

## PRÓLOGO

[...suplico le reciba agradablemente en su protección, para que a su] sombra, aunque desnudo de aquel precioso ornamento de elegancia y erudición de que suelen andar vestidas las obras que se componen en las casas de los hombres que saben, ose parecer seguramente en el juicio de algunos que, no conteniéndose en los límites de la ignorancia, suelen condenar con más rigor y menos justicia los trabajos ajenos, que, poniendo los ojos la prudencia de Vuestra Excelencia en mi buen deseo, fío no desdeñara la cortedad de tan [humilde servicio].

Miguel de CERVANTES SAAVEDRA<sup>1</sup>

Resulta curioso, para no decir sorprendente, que una persona con mi formación profesional de notario público, e impedido por la ley a procurar defensa ante los tribunales en asuntos jurídicos en que haya contienda,<sup>2</sup> se interese en un tema propio del derecho procesal y que tenga la osadía de prologar un libro sobre la materia.

Varias, sin embargo, son las razones que me impulsan a ello: la primera obedece al compromiso que tengo con mi generación.

Uno de los debates jurídicos cruciales de esta época es, sin lugar a dudas, el relativo al “acceso a la justicia”. Éste es un tema fundamental del que ningún abogado puede ni debe sustraerse.

La expresión “acceso a la justicia” es una metáfora<sup>3</sup> empleada desde ya hace algún tiempo;<sup>4</sup> esta noción no se agota exclusivamente en el aná-

1 Al presentar su obra: *Don Quijote de la Mancha*.

2 El artículo 32 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal expresamente dispone que: “Artículo 32. Igualmente el ejercicio del oficio notarial es incompatible con toda Dependencia, a empleo, cargo, o comisión público o privado, y con el ejercicio de la profesión de abogado en asuntos en que haya contienda”.

3 Galanter, Marc, “La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux”, *Accès à la justice et État-Providence*, bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 152.

4 Friedman, Lawrence M., “Réclamations, contestations, et litiges et l'État-Providence de nos jours”, *Accès à la justice et État-Providence*, bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 248.

lisis de la forma en que son resueltos los conflictos en los tribunales, sino comprende toda la actividad que éstos despliegan en la sociedad.

El “acceso a la justicia” se refiere a los “medios gracias a los cuales los derechos se hacen efectivos”.<sup>5</sup> Si bien la noción de “acceso a la justicia” es un problema relativo al procedimiento, por su finalidad concierne también el fondo del derecho.<sup>6</sup>

A pesar de que los escépticos quisieran acotar la noción del “acceso a la justicia” a problemas estrictamente de desarrollo técnico, y, por lo tanto, marginales, la aspiración legítima de un mayor “acceso a la justicia” está íntimamente relacionada con problemas sociales fundamentales, como son los que conciernen a la igualdad y el poder en una sociedad.<sup>7</sup> La simple idea de que todos los ciudadanos deben tener posibilidades plenas e iguales de participar en el gobierno de la *res publica*<sup>8</sup> está en la base teórica misma de la democracia y de la práctica republicana.

El “acceso a la justicia” implica el desarrollo continuo de una conciencia a través de una discusión permanente que verse sobre la forma de facilitar el “acceso a la justicia”, y la medida y la calidad con las que se puede impartir la justicia.<sup>9</sup> La noción “acceso a la justicia” es crucial no solamente para los abogados practicantes y especialistas, sino para la sociedad en su conjunto. No obstante ello, existen intereses sociales contradictorios y excluyentes. De una parte se desea facilitar el acceso a los tribunales a personas o grupos marginados que no han podido obtener ninguna satisfacción hasta ahora de estas instituciones en la solución de sus controversias. La exigencia social consiste en que estas personas y grupos puedan aspirar a algo más que al simple reconocimiento formal de sus derechos; los abogados los calificamos eufemísticamente como “letra muerta”. Más aún: las reformas legales frecuentemente se realizan por la convergencia de intereses de grupos que actúan en la sociedad. Una vez que la reforma legal ha sido obtenida, es difícil que sobreviva esta cohesión coyuntural y que el impulso inicial persista en la verificación de la

5 *Idem.*

6 *Idem.*

7 Trubek, Louise G. y Trubek, David M., “La justice des tribunaux au service d’une société de justice une manière nouvelle de considérer la défense des intérêts d’ordre général aux États-Unis”, *Accès a la justice et État-Providence*, bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 248.

8 *Idem.*

9 Galanter, Marc, *op. cit.* p. 161.

aplicación efectiva de la ley. El activismo de los ciudadanos es episódico, y con frecuencia se limita a problemas aparentes.<sup>10</sup>

Por otra parte, sin embargo, se estima que la justicia de “masas” —en la que se garantiza la eficacia de sus derechos— deriva en una disminución de la calidad de la justicia. Cantidad y calidad de justicia conllevan dos concepciones diferentes de ella: la facilitación del acceso a la justicia participa de un enfoque social de la justicia en tanto que la preocupación de una buena justicia gravita en torno a una justicia individual.

La segunda razón para escribir este Prefacio es tener la oportunidad de presentar un libro de excelencia académica, como lo es, en mi criterio, este libro escrito por Antonio Gidi. El autor Gidi, como todos lo conocemos, se perfila como un gran jurista; no obstante su temprana edad, su formación es muy sólida, y su carrera académica ha sido sorprendente.

En Gidi convergen circunstancias poco comunes en mi generación, pero felizmente cada vez más frecuentes en estos tiempos. Gidi puede legítimamente afirmar que es un jurista bicultural. Se forma inicialmente en un país de sistema continental, como lo es el Brasil, y luego tiene una carrera ascendente, se podría decir, meteórica, en las universidades de los Estados Unidos de América. Su talento le ha permitido trabajar con uno de los juristas más destacados en la Unión Americana, como lo es el profesor Geoffrey C. Hazard Jr., en uno de los proyectos más relevantes que se discuten en la actualidad en el ámbito académico internacional: “Las reglas y principios del derecho procesal transnacional”, auspiciado por dos de las organizaciones prominentes en el desarrollo del derecho: el American Law Institute (ALI) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit).

La barrera del idioma y la diferencia de cultura hacían que en épocas anteriores los juristas latinoamericanos conocieran las instituciones sajonas a través de fuentes indirectas. Así, verbigracia, puede mencionarse cómo es hasta ese momento en el que la literatura jurídica italiana, en el último tercio del siglo XX, empezó a interesarse por los mecanismos sajones de administración de justicia, cuando puede percibirse una reacción de nuestros juristas latinoamericanos. La obra del autor Gidi le da, por lo tanto, el gran beneficio al lector latinoamericano de poder conocer en forma directa el acaecer jurídico en los Estados Unidos, en una de las

10 Trubek, Louise G. y Trubek, David M., *op. cit.*, p. 144.

materias más relevantes de fines del siglo XX: la acción colectiva (*class action*).

El tema del libro de Gidi se inserta en un tema más amplio: “El acceso a la justicia”. Charles Dickens, en su libro *Bleak House*, pudo llegar a dramatizar con magisterio esta angustia social.

...El caso Jarndyce (v) Jarndyce se desenvolvía con monotonía. Este espectro de litigio con el transcurso del tiempo se ha vuelto tan complicado que ningún ser humano en la tierra sabe lo que significa y mucho menos las partes que están involucradas; asimismo se ha podido percibir que ningún abogado del *Chancery* puede hablar sobre el asunto por cinco minutos sin estar en total desacuerdo con las premisas del litigio. Innumerables niños han nacido durante el curso del litigio; innumerables jóvenes se han casado; innumerables ancianos han muerto. Incontables personas se han visto involucradas sin sentido en el caso Jarndyce (v) Jarndyce sin saber cómo o por qué; familias enteras han heredado odios legendarios con este litigio. El pequeño actor o demandado, a quien se le había prometido un nuevo caballo de juguete cuando el caso Jarndyce (v) Jarndyce concluyera, ya ha crecido, tiene un verdadero caballo, y ha cabalgado ya a otro mundo... Niñas puestas inicialmente bajo la tutela del tribunal se han convertido en abuelas; y una larga procesión de *Chancellors* han ido y venido... ya no sobreviven ni siquiera tres Jarndyces sobre la tierra ya que el viejo Tom Jarndyce en su desesperación se voló los sesos en una cafetería en *Chancery Lane*; pero el caso Jarndyce (v) Jarndyce aún se arrastra penosamente en el tribunal, con esperanzas perennes...<sup>11</sup>

Si bien los plazos, la complejidad y el costo pueden haber cambiado desde la época de Dickens, es válido preguntarse qué tan eficiente es actualmente el sistema legal, y, particularmente, el procesal civil. Ésta es una reflexión no solamente privativa de México, sino de otras latitudes, incluso de países que se estiman avanzados y con sistemas jurídicos diferentes.

En uno de los estudios más serios hechos en esta época, el National Consumer Council, de Reino Unido, en 1995 mostró cómo tres de cada cuatro británicos expresaron su insatisfacción con el sistema procesal civil. De 1,019 encuestados, 77% opinaron que era un sistema muy lento; 74%, que era muy complicado, y 73%, que no estaba actualizado.<sup>12</sup>

11 Traducción libre de Jorge Sánchez Cordero.

12 Slapper, Gary y Kelly David, *Principles of the English Legal System*, 3a. ed., Londres, Cavendish Publishing Limited, 1997, p. 161.

La complejidad de nuestro derecho procesal civil constituye una carga onerosa importante para el común de los ciudadanos y el de sus familias, y que con frecuencia induce a la parte económicamente más débil a aceptar injusticias o transacciones desventajosas; o bien, incluso el costo del litigio inhibe con frecuencia a los ciudadanos a ejercitar sus derechos, ya que existe una gran desproporción con el objeto de la reclamación. En este sentido, puede mencionarse el *Woolf Civil Justice Review Interim Report* de 1995, uno de los diagnósticos más serios que se han formulado en la época reciente sobre un sistema de administración de justicia. Este informe (*Woolf Final Report*), en una de sus partes más críticas señala con agudeza cómo un sistema legal —como el británico— en el que los honorarios de los abogados son mayores a la indemnización de daños y perjuicios que recibe una víctima por accidente, sencillamente es indefendible.<sup>13</sup>

La imposibilidad de hacer efectivos los derechos conlleva igualmente la frustración de la eficiencia cuando precisamente la eficiencia debe ser considerada como un motivo determinante en las conductas que deben observarse en la industria y en el comercio. La ineficacia del sistema de derecho en la protección de intereses, especialmente en los colectivos, provoca, por lo tanto, ineficiencia en el mercado.

La exigencia social de un cambio de cultura en esta materia es cada vez más creciente, pero tropieza con grandes reticencias provenientes de muchos sectores. La pregunta inicial que con más frecuencia se formula es si nuestro sistema de justicia civil (lento, complicado, costoso y con frecuencia incomprensible para el ciudadano común) es adecuado para enfrentar los conflictos de interés que se avecinan en nuestra sociedad en este siglo XXI. El “acceso a la justicia” no tiene un valor cualitativo abstracto; debe ser expedito y proporcionado a las posibilidades económicas de las partes. Un acceso efectivo a la justicia depende de un sistema efectivo de litigio. En todo sistema de justicia civilizado se requiere que el Estado lo haga accesible de tal forma que cualquier ciudadano pueda obtener satisfacción en el planteamiento pacífico de sus disputas. Los tribunales deben ser el medio idóneo al que todo ciudadano pueda recurrir en el pleno ejercicio de su derecho constitucional de exigir justicia.

13 Se puede consultar el *Woolf Civil Justice Review Interim Report* en las siguientes páginas Web: [www.lcd.uk/civil/final/overview.htm](http://www.lcd.uk/civil/final/overview.htm) y [www.lcd.gov.uk/civil/finalfr.htm](http://www.lcd.gov.uk/civil/finalfr.htm).

La jurisdicción y el procedimiento deben ser adaptados a la especificidad del litigio que deben juzgar.

Se ha afirmado que los tribunales y los procedimientos actuales no están diseñados para garantizar los “nuevos” derechos que han emergido en nuestra época, como son los de los consumidores, trabajadores, minorías y ambientalistas, entre otros. En este sentido, dos de los más respetados procesalistas mexicanos, el doctor Héctor Fix-Zamudio y el doctor José Ovalle Favela, advierten que

...en nuestro sistema procesal todavía nos encontramos muy distantes de la introducción de mecanismos similares a los que se han adoptado en otras legislaciones para la defensa de los llamados intereses calificados como transpersonales o difusos; es decir, los que corresponden a un número indeterminado de personas que no se encuentran organizadas formalmente, y que pueden ser representadas en juicios por una o varias personas, y que se refieren a cuestiones relativas a la protección de los consumidores, a los afectados por los problemas urbanos y ecológicos y a la tutela del patrimonio artístico y cultural, entre otras materias...<sup>14</sup>

En estos “nuevos” derechos, el Estado reconoce el interés que es necesario proteger, pero tiene dificultades en determinar el grupo o sector que se organiza en torno al mismo; ninguna persona representa a los consumidores en la misma forma en la que las cámaras representan a los productores o a los comerciantes, o bien, los sindicatos los intereses de los trabajadores. El enfoque varía sustancialmente cuando el Estado pretende proteger los intereses de grupos que no están socialmente organizados, o no lo están de la manera de aquellos que representan intereses tradicionales. Para hacerlos efectivos es necesario que para sus titulares, sus derechos tengan otra significación que su simple mención en el texto de la ley. El sistema jurídico debe ofrecerles resultados tangibles; ello presupone que debe haber una actitud permanente en este sentido de los responsables de la administración de justicia. La pregunta básica consiste en plantearse si, conforme a las nuevas condiciones que ha creado la sociedad actual, se permite a todo ciudadano acceder a los tribunales para poder asegurar el respeto de sus derechos y obtener satisfacción en sus pretensiones. Esto equivale a darle un contenido real al postulado republicano

14 Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, “Derecho procesal”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2002, p. 735.

de igualdad formal de todos frente a la ley, que se proclama en prácticamente todas las Constituciones de los Estados modernos.<sup>15</sup>

El litigio en su perspectiva clásica confronta dos pretensiones contradictorias que se hacen valer por individuos determinados; es decir, la jurisdicción resuelve y sanciona la violación de derechos que pertenecen a individuos determinados.<sup>16</sup> En la actualidad, sin embargo, puede claramente identificarse la emergencia de una nueva clase de derechos que provienen de intereses colectivos, que son comunes a una categoría de personas: trabajadores, consumidores, minorías, entre otros. La concepción clásica no permite dar satisfacción a la transgresión de esta clase de derechos que participan de una naturaleza diferente a la que le asiste a los particulares en forma individual. En efecto, en la concepción clásica únicamente la persona que ha sufrido un pretendido perjuicio está legitimada para demostrarlo y exigir su reparación. El artículo 1o. del Código Federal de Procedimientos Civiles, que prácticamente es retomado, si no a la letra, sí en su espíritu, por los códigos adjetivos locales, es inequívoco: “Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga interés contrario. Podrán promover los interesados, por sí o por sus representantes o apoderados, el Ministerio Público y aquellos cuya intervención esté autorizada por la ley en casos especiales”.

Se puede concluir que hoy en día, en este país, existe una imposibilidad de hacer efectivos estos “nuevos” derechos que pertenecen a ciertas categorías de personas, y que por lo tanto los ponen en un virtual estado de indefensión. La desigualdad procesal real tiene su origen fundamentalmente en la pobreza y en la ignorancia de la existencia de los derechos, y de cómo hacerlos valer ante los tribunales. Las reglas que se han formulado para la protección de los intereses individuales requieren de una modificación sustantiva para tener eficacia en la protección de intereses colectivos. El carácter individualista de la concepción clásica hace nugatoria la consecución de otros objetivos.

Se ha llegado incluso a sostener que la legitimidad procesal, consistente en permitir únicamente el acceso al tribunal a quien le asiste un derecho, obedece en el fondo a la necesidad de preservar la competencia

15 David, René, “Preface”, *Accès à la justice et État-Providence*, bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 3.

16 *Ibidem*, p. 4.

entre los otros poderes del Estado impidiendo una sobreactuación del Poder Judicial. El actor se ve impedido de ejercitar una acción cuando su pretensión consiste exclusivamente en resarcir el daño causado a una comunidad o a un grupo determinado por conductas ilícitas de personas privadas o de agencias gubernamentales, pero que carece en lo individual de todo interés jurídico.<sup>17</sup>

Es por lo tanto deseable un cambio en la cultura jurídica para dar cabida a la protección eficaz de los derechos fragmentados y difusos, que únicamente se logrará si existe una transformación profunda de la sociedad. Se requiere para ello de una acción positiva y permanente del Estado, quien está obligado a realizar un esfuerzo social serio para que la justicia sea efectivamente accesible a todos. Es indispensable un rediseño de nuevas reglas procesales, ya que las reglas procedimentales tradicionales han demostrado su insuficiencia para asegurar la protección de intereses colectivos.

En otro orden, se ha asegurado que existe una subrepresentación de ciertos tipos de grupos, que genera un desequilibrio en el proceso, y que debe superarse. Dentro de las nuevas técnicas que están destinadas a inducir a los particulares a intentar acciones en función del interés general se pueden identificar, entre otras, las acciones colectivas o *class actions*, que han merecido la atención de la literatura jurídica comparada en todo el mundo.

El libro del autor Gidi, por lo tanto, es de una gran oportunidad, y contribuye notablemente en este debate.

Varias son las aportaciones del sistema jurídico norteamericano a la evolución jurídica, entre las que destacan en forma prominente la noción de responsabilidad estricta (*strict liability*) y precisamente la noción de la acción colectiva (*class action*), que son las que más han influido de manera singular en el sistema de codificación.

En las acciones colectivas (*class action*) norteamericanas, un particular que pertenece a un cierto grupo de personas que se encuentran en una situación similar puede incoar la acción como parte actora. Las personas pertenecientes a un grupo determinado han sido afectadas o tienen el riesgo de serlo. La acción que se ejercita por el actor no busca como efecto único garantizar su propio interés personal, sino, en la misma manera, la

17 Kötz, Hein, "La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de droit comparé", *Accès à la justice et État-Providence*, bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 107.



de los otros miembros del grupo que se encuentran en la misma situación. La sentencia, si es favorable al actor, producirá sus efectos respecto a todos los miembros del grupo, si y sólo si han sido debidamente representados por el actor y han sido debidamente notificados del proceso.

Es en los Estados Unidos de América en donde tiene su mejor expresión la acción colectiva (*class action*). Para comprender su amplitud, debe estarse a su origen, y para ello deben tenerse en cuenta algunos datos básicos. En los primeros años de su independencia, en los Estados Unidos la legislación procesal estaba totalmente fragmentada con graves problemas de funcionalidad en su sistema jurídico. David Dudley Field fue quien inició el movimiento uniforme de la reforma procesal norteamericana, que culminó con la adopción de una nueva Constitución en 1846 en el estado de Nueva York, y la de su Código de Procedimientos Civiles en 1848. A fines de 1873, más de la mitad de los estados de la Unión Americana habían adoptado el mismo Código. Pero no fue sino hasta 1938 cuando se redactaron las Reglas Federales para el Procedimiento Civil (Federal Rules of Civil Procedure), que tuvieron una función de ley modelo para la reforma procesal de los estados miembros de la Unión Americana.<sup>18</sup>

El origen de la acción colectiva (*class action*) se remonta a las cortes de equidad (*Equity Courts*) del Reino Unido, y esta acción era propia de todas aquellas personas que fueran afectadas por un decreto cuando su número hacía imposible citarlas simultáneamente todas a juicio. El Código Field contiene, desde el siglo XIX, algunas disposiciones aisladas en materia de acciones colectivas (*class actions*).

En 1938 se retomó la idea, pero no fue hasta 1966 cuando se reformó la regla 23 de las Reglas Federales para el Procedimiento Civil, que intentó superar las enormes dificultades prevalecientes en su aplicación. La nueva perspectiva de la acción colectiva indujo a consumidores, ambientalistas, defensores de derechos humanos, entre otros, a hacer valer sus derechos contra agentes institucionales que sistemáticamente transgredían la ley.

Un ejemplo podría ayudar a visualizar en perspectiva este planteamiento. Los accionistas de una sociedad mercantil que resienten un daño enfrentan dos problemas sustantivos en el ejercicio de sus acciones de re-

18 Clark, David S., "Civil Procedure", en Clark, David S. y Ansay, Tugrul (eds.), *Introduction to the Law of the United States*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 370.

paración: el primero, consistente en que el daño que provoca una administración corporativa deficiente se concreta inicialmente en el patrimonio de la sociedad; en un segundo término, el daño que resiente el accionista en lo particular puede llegar a ser menor al costo que debe sufragar por el litigio. Para que el accionista pueda superar estos dos obstáculos significativos en el ejercicio de sus derechos, el derecho norteamericano lo provee de dos mecanismos de legalidad diferentes: la demanda subrogatoria de accionistas (*shareholders derivative suits*) y la acción colectiva de los accionistas (*class action shareholders*).

En la demanda subrogatoria (*derivative suit*) —que está sujeta a varios requisitos de procedibilidad— el accionista, aun cuando represente una parte insignificante del capital, en el ejercicio de sus derechos actúa en representación de la sociedad, y el resultado de la sentencia, según sea el caso, es en beneficio del patrimonio de la sociedad; la demanda subrogatoria ha creado, sin embargo, un efecto secundario, pero significativo para el accionista; mediante su ejercicio obliga a la administración corporativa a una compra forzada de sus acciones.

En la acción colectiva (*class action shareholders*) los accionistas no actúan en representación de la sociedad, sino de otros accionistas. La acción colectiva de los accionistas trata de resarcir el daño que se inflige directamente al accionista, y no el daño que se provoca en el patrimonio social, que es un daño indirecto para el accionista. El accionista que ejerce esta acción lo hace no ya en representación de la sociedad, sino de los demás accionistas.

La acción colectiva (*class action*) presupone la imposibilidad práctica de reunir a todos los miembros del grupo como parte actora y evita igualmente que grupos numerosos, si no es que todos, se presenten ante los tribunales. Ello conlleva sin discusión un ahorro real de tiempo y de trabajo.

Uno de los objetivos de la acción colectiva es, precisamente, hacer eficaces los derechos de grupo, cuando sus miembros individualmente serían incapaces de emplazar a su adversario a juicio.<sup>19</sup>

Esta acción tiene como propósito no sólo reparar el daño que le ha conferido personalmente al actor, sino a todos los miembros de un grupo.

Si cada interesado estuviera obligado a ejercitar en lo individual la acción para exigir el pago de daños y perjuicios, la aplicación de la ley

19 Kötz, Hein, “La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de droit compare”, *Accès à la justice et État-Providence*, bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 103.

estaría sujeta al azar y no podría asegurarse, en el mejor de los casos, más que un éxito relativo, pero en forma totalmente fragmentada; en el peor de los casos el éxito estaría totalmente excluido.<sup>20</sup> Esta situación es altamente frustrante, y compromete seriamente el poder de disuasión de la ley. Por contra, la reparación general de los daños y perjuicios que resienten grupos determinados contribuye al éxito de la política impulsada por la ley. El actor actúa en este caso en favor de la protección de un interés general.

El autor Gidi demuestra que la acción colectiva puede constituir un mecanismo eficaz para combatir las conductas antisociales, que afectan a grandes sectores de la sociedad. Como bien se ha afirmado, si al actor se le permite reclamar la totalidad de los daños sufridos por todos los miembros del grupo, a la acción colectiva se le permite satisfacer “la misión histórica de defender los intereses de los débiles”.<sup>21</sup>

En los Estados Unidos la *class action* ha venido, incluso, complementando la intervención de algunos organismos públicos. Así, por ejemplo, la Security and Exchange Commission, mejor conocida por su acrónimo SEC, tiene como mandato, fiscalizar que las leyes federales en la materia sean observadas en protección de los ahorradores y de los inversionistas. La falta de actuación de esta agencia o su actuación limitada se suple con la acción colectiva (*class action*); los particulares ahorradores o inversionistas logran una protección efectiva de sus derechos, que es precisamente el propósito de las leyes federales norteamericanas en esta materia. Los problemas de índole procesal y técnico a los que la acción colectiva (*class action*) se enfrenta en el sistema continental son destacados con talento por el autor Gidi. Estos problemas se agudizan cuando se trata de grupos numerosos cuya identificación de sus miembros es compleja. La acción colectiva también conlleva serios planteamientos al llamado debido proceso (*due process clause*<sup>22</sup>). El eminente jurista Fix-Zamudio define el debido proceso como “el conjunto de condiciones y requisitos que son necesarios para poder efectuar legalmente los derechos de los gobernados”.<sup>23</sup>

La exigencia legal del debido proceso implica que los miembros del grupo sean notificados del inicio de una *class action* para que tengan la

20 *Ibidem*, p. 104.

21 *Idem*.

22 Los dos precedentes fundamentales del *due process clause* pueden verse en *Powell v. Alabama* (387 U.S. 45) y *Gideon v. Wainwright* (372 U.S. 335).

23 Fix-Zamudio, Héctor, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM-Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. III, p. 14.

oportunidad de expresar si a sus intereses conviene estar involucrados en el proceso; debe ofrecérseles, por lo tanto, la oportunidad de pronunciarse de ser excluidos como miembros de ese grupo, o bien, en el otro extremo, debe ofrecérseles la posibilidad de influir en el curso del proceso. No se requiere de mucha imaginación para concluir que la forma en que se notifique a todos los miembros de un grupo el inicio del ejercicio de la *class action* es difícil de ser satisfecha y sensiblemente costosa, máxime en tratándose de notificaciones personales, si se atiende a que los miembros del grupo puedan ser muy numerosos. En el mismo sentido, la ejecución de una sentencia que obligue a reparar el daño será de una gran complejidad, si las víctimas destinatarias de este beneficio son muy numerosas.<sup>24</sup>

Las reglas procesales clásicas relativas a la legitimidad procesal para actuar en juicio tienen su fundamento en el perjuicio sufrido; uno de sus efectos indeseables es que favorece a los actores sociales que actúan con excesos y limita simultáneamente en forma seria la protección de los intereses fragmentados y difusos de la comunidad o de grupos determinados de ciudadanos.

Éste es el argumento central que obliga a reflexionar en hacer extensiva la legitimidad procesal a personas privadas que actúan en protección del interés de la colectividad.

Para terminar, es pertinente hacer algunas consideraciones finales. La transposición de un mecanismo legal tan propio del sistema norteamericano suscita varias preguntas básicas de orden general. Es difícil precisar hasta qué punto es posible transponer los mecanismos de legalidad vigentes de un sistema jurídico a otro empleando una especie de “tecnología jurídica”.<sup>25</sup>

Se ha afirmado que mientras una institución se encuentre más integrada a un medio específico, político y jurídico de un país, más difícil es introducirlo en otro.<sup>26</sup>

La mayoría de estos mecanismos de legalidad están íntimamente ligados a las estructuras políticas de un país, y, en consecuencia, a la manera de repartir el poder entre los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. De ahí que resulte extremadamente difícil sostener que las

24 Kötzt, Hein, “La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de droit comparé”, *Accès à la justice et État-Providence*, bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 105.

25 *Ibidem*, p. 107.

26 *Idem*.

reglas que en ciertos países han facilitado el ejercicio de la acción colectiva (*class actions*) en aras de proteger el interés general, puedan arraigarse y ofrecer los mismos resultados en otros países con necesidades similares de protección de intereses generales.

En una organización social débil existe una enorme dificultad de hacer eficaces los derechos fragmentados y difusos. Los grupos no organizados en la sociedad carecen de una representación adecuada. Difícilmente puede imaginarse con las condiciones de legalidad prevalecientes en nuestro país, que pueda lograrse, mediante los mecanismos de representación existentes, una igualdad real de todos los intereses sociales en presencia. De ahí que se haya imaginado organizar instituciones u organismos para tratar de reestablecer el equilibrio procesal y articular la representación de sectores sociales poco o nada organizados.<sup>27</sup> Se trata, a final de cuentas, de tratar de igualar las posibilidades que le asisten a los grupos formalmente organizados con las de los grupos no organizados.<sup>28</sup>

En nuestro sistema legal, por ejemplo, se ha confiado la protección de los intereses de ciertas categorías de ciudadanos que no están organizados a un organismo público, con fondos y poder suficientes no sólo para actuar en juicio, sino para la elaboración de códigos de conducta, revisión de prácticas contractuales, como lo es, por ejemplo, la Procuraduría Federal del Consumidor. Esta solución participa del enorme riesgo que estos organismos administrativos están expuestos a analizar las soluciones de los conflictos de interés sólo desde la perspectiva burocrática, y de que carezcan de la agresividad y la flexibilidad necesarias para enfrentar el ingenio de todos aquellos que pretenden sustraerse al cumplimiento de la ley y que terminen, como lo expresara brillantemente Galbraith, convirtiéndose en “instrumentos de la misma industria a la que supuestamente debían reglamentar, o bien atrapados por la senilidad”.<sup>29</sup> La inmovilidad de la Procuraduría Federal del Consumidor es pasmosa. No se tiene conocimiento de que a la fecha haya concurrido ante los tribunales a defender los intereses del consumidor. Los consumidores mexicanos no están uni-

27 Trubek, Louise G. y Trubek, David M., “La justice des tribunaux au service d’une société de justice une manière nouvelle de considérer la défense des intérêts d’ordre général aux États-Unis”, *Accès à la justice et État-Providence*, bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 127.

28 *Ibidem*, p. 138.

29 Galbraith, J., *The Great Crash*, citado por Kötz, Hein, “La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de droit comparé”, *Accès à la justice et État-Providence*, bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 118, nota 69.

dos por vínculos de orden social o por alguna otra actividad. Cada consumidor tiene un interés “fraccionado” en ser protegido en el mercado; la Procuraduría Federal del Consumidor le ha generado a la población consumidora una gran dependencia, que ha derivado en una inhibición de organizar a la población; cuando la actividad de las organizaciones sociales es justamente uno de los métodos más efectivos para asegurar la protección de los intereses de grupo que carecen de representación social. El nacimiento de las organizaciones no gubernamentales parecen ser los esfuerzos sociales incipientes que merecen ser fomentados.

Lo que es un hecho es que se obtienen resultados muy diversos cuando se trata de evaluar las actividades de los organismos públicos que tienen como mandato el proteger los intereses generales de la sociedad.

No obstante estas apreciaciones, todas ellas muy válidas, se percibe en los regímenes democráticos la creciente necesidad de asegurar una mejor protección a los intereses difusos y fragmentados pertenecientes a la sociedad en su conjunto o a amplios sectores de ella.

El gran mérito de este libro es demostrar cómo, fuera de su contexto de origen, es factible incorporar la acción colectiva a un sistema de derecho continental; el autor Gidi llega al extremo de presentar en su libro una propuesta de un “Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de derecho civil” que en mi criterio define las bases de la acción colectiva que deben ser objeto de debate.

Para que una acción colectiva pueda tener un éxito relativo deben ser resueltas algunas interrogantes previas: ¿es necesaria la aceptación social de que a un particular, en forma exclusiva, se le confíe el ejercicio de la acción colectiva y la pericia en la conducción del proceso?; ¿es necesario garantizársele a este particular un beneficio sustantivo si es exitoso en su demanda?, ¿debe preverse también la improcedencia de las costas judiciales en contra del actor y del grupo que representa en caso de que les sea adversa la sentencia?

La reflexión final es que nuestra época exige que se facilite, y, más aún, se estimulen los procesos que tengan como objeto la protección de intereses generales, para que se logre un abatimiento o incluso una franca superación de las barreras constituidas por los elementos clásicos de la legitimidad procesal; ello, sin duda, generará una expansión del Poder Judicial. Es posible sostener que en un número significativo de casos, si no se permite a los particulares el ejercicio de la acción en protección del interés general, difícilmente alguien —organismo público, entre otros— lo

intentará en la sociedad. No reconocerle a los particulares y asociaciones privadas la legitimidad procesal necesaria para actuar ante los tribunales en protección del interés general es abandonar la defensa de los intereses colectivos en las manos de las instancias políticas, con los magros resultados que en nuestra sociedad hemos registrado.

Hemos de coincidir, que el debate y el lugar que debe asignársele a las acciones de “interés colectivo” dependen de la perspectiva que quiera asignarle a la ley y a la jurisprudencia en la creación de la ley.

El desarrollo social y económico y la homogeneidad de la sociedad serán elementos de análisis a considerarse en estas decisiones.

El derecho comparado ha mostrado que existen elementos de convicción suficientes para percibir una tendencia muy clara en la que se permite a los particulares cada vez con más frecuencia tomar la iniciativa de acciones para defender el interés general.

Se han modificado en forma importante las reglas procesales respecto a la legitimidad procesal. El ejercicio de la acción no puede únicamente ser conceptualizado como un medio para resolver litigios individuales, existentes entre particulares, y que concierne únicamente a sus derechos individuales y privados. La nueva concepción sirve para diseñar una política de reglamentación social, lo que deriva sin discusión en consecuencias importantes en cuanto a la naturaleza y al papel que debe desempeñar el Poder Judicial en nuestra sociedad.<sup>30</sup>

La tarea comparativa no debe agotarse en el argumento que asigna el discurso de las reglas e instituciones a los juristas; el debate debe hacerse extensivo a las ideas y a los comportamientos que están en estrecha relación con el derecho de los diversos países. El derecho comparado y la sociología jurídica convergen de tal manera que en otra forma no se podrían obtener resultados significativos. Esto es especialmente cierto en las acciones colectivas, y este es el gran mérito del autor Gidi y de este libro.

Jorge SÁNCHEZ CORDERO<sup>31</sup>

30 Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 107.

31 Doctor en derecho por la Université Panthéon-Assas (París II).