

LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO EN EL RECONOCIMIENTO Y LA TUTELA EFECTIVA DE LOS INTERESES DIFUSOS¹

Cecilia Rosales Rigol

1. DE LA DEMOCRATIZACIÓN DEL ESTADO A LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

Si tuviéramos que precisar las múltiples causas que motivaron el sucesivo reconocimiento de nuevas categorías de derechos, no sería suficiente este trabajo para cubrir los detalles y aspectos concretos de la historia humana.

Pero por otra parte, es posible e interesante advertir que tal proceso se encuentra, también, dentro de un fenómeno, propio de una Sociedad en expansión, cuya característica más sobresaliente se expresa en la extensión del poder del Estado hacia el campo de la sociedad civil. Es lo que se reconoce como el paso de la democracia política a la democracia social

Tal como afirma Norberto Bobbio: "Ahora bien, lo que está sucediendo es que el proceso de democratización, o sea, el proceso de expansión del poder ascendente, se está ampliando de la esfera de las relaciones políticas, de las relaciones en la que el individuo es tomado en consideración en su papel de ciudadano, a la esfera de las relaciones sociales, donde el individuo es tomado en consideración en la diversidad de sus *status* y papeles específicos..."².

Originariamente, la noción de Estado se estructuraba en torno a una concepción tomista o unitaria de la Sociedad, en cuya virtud el todo estaba antes que las partes.

Con el advenimiento de la democracia, se constata que la esfera política, es decir, las instituciones gubernamentales, o en otras palabras, el poder político, está comprendido dentro de una esfera más amplia que es la sociedad civil y que toda decisión política está condicionada y determinada, en definitiva, por lo que sucede en ella.

Factor determinante en este proceso fue el industrialismo que, con las necesidades de las fuerzas capitalistas, la división del trabajo y la consecuente especificación del mercado, trajo consigo la formación de

una multiplicidad de centros de poder en orden a la obtención de sus fines individuales. A partir de estas circunstancias, se hizo difícil mantener, en una sociedad compleja, el ideal de la unidad estatal por encima de las partes.

Bajo los presupuestos de un orden político liberal, la distinción entre sociedad civil y Estado se construirá sobre la base de una relación de oposición, como dos sistemas con alto grado de autonomía, de modo que el Estado estaba inhibido frente a los problemas sociales.

García Pelayo, analizando ambos términos, sostiene que "El Estado era concebido como una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica, es decir, construida primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación" y por otra parte, la Sociedad "...era considerada como una ordenación, es decir, un orden espontáneo dotado de una racionalidad... inmanente, que se puede constatar y comprender... no de estructura vertical o jerárquica, sino horizontal y sustentada capitalmente sobre relaciones competitivas... Tal estructura inmanente a la Sociedad no solo tiene una solidez superior a cualquier orden o intervención artificial, sino que genera, además, el mejor de los órdenes posibles..."³.

Lo interesante es que el Estado, organización artificial, bajo tales consideraciones no podía modificar ese orden social natural, sino solo asegurar las condiciones mínimas necesarias para su funcionamiento. La sociedad y el Estado, entonces, eran dos sistemas distintos, autónomos y con unas mínimas relaciones.

Tal como Hermann Heller señala, a mi juicio acertadamente, refiriéndose al pensamiento de los grandes sociólogos de la primera mitad del siglo XIX, "...la contradicción entre libertad e igualdad en sentido material y en sentido formal era el problema que latía en el fondo de la oposición entre Estado y Sociedad"⁴.

La experiencia producida por esta dicotomía trajo consigo la necesidad de reconocer al Estado su rol

¹ Esta ponencia ha sido elaborada tomando como base parte del trabajo desarrollado en la tesis del autor para optar al grado académico de Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, titulada "La Tutela Efectiva de los Intereses Difusos".

² BOBBIO, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pág. 42.

³ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del...* Ob. cit., pág. 22.

⁴ HELLER, Hermann. *La Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1933, pág. 137.

como regulador decisivo del sistema social en orden a corregir o neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo social y económico no controlado. Para esto tuvo que ceder a las presiones en orden a introducir los cambios que los movimientos sociales propugnaban.

Por eso es que el proceso de democratización que experimenta el Estado supone la proyección del poder desde abajo hacia arriba, de modo que los integrantes de la sociedad civil, ya considerados en forma aislada, ya en grupo no solo participan otorgándole legitimidad al sistema, sino también lo hacen interviniendo en los procesos de toma de decisiones que van a afectar su esfera de atribuciones.

Por eso el constitucionalismo social actual reconoce que el Estado y la sociedad constituyen dos sistemas, pero ya no autónomos y autorregulados, sino, por el contrario, fuertemente interrelacionados a través de relaciones múltiples y complejas, cada uno de los cuales sirve a finalidades complementarias y principios estructurales igualmente complementarios.

Resulta interesante y muy relacionado con el proceso que se viene advirtiendo la distinción que realiza Alfred Stepan entre sociedad civil, sociedad política y Estado.

Analizando las nuevas relaciones político-militares a partir de las experiencias de regímenes autoritarios castrenses existentes en Brasil y otros países del Cono Sur, el autor parte de la base de la necesidad de distinguir tres áreas políticas de difícil conceptualización, pero claramente diferenciadas entre sí y a la vez en constante interrelación, como son: La sociedad civil, área donde se manifiestan los movimientos sociales y las organizaciones cívicas de distinta clase que buscan constituirse en un orden con miras a la obtención de sus intereses; la sociedad política, que es el área en la cual la política específicamente se ordena a sí misma para dar respuestas políticas y alcanzar el control sobre el poder público y el aparato del Estado, y, por último, el Estado, como la continuidad administrativa, legal, burocrática del sistema coercitivo que afecta al manejo del aparato estatal, a las relaciones estructurales entre el poder civil y el poder político y a la estructura de relaciones importantes con la sociedad civil y la sociedad política.

Partiendo de estas definiciones, Stepan sostiene que dentro de un proceso de transición de un régimen autoritario a uno democrático, la Sociedad Civil cumple con un papel trascendental de oposición al Estado a través de los diferentes grupos que subyacen en ella. En efecto, constata que, gracias a una liberalización del sistema social, iniciada o permitida por el propio régimen militar, se tendió a dar mayor consistencia, variedad y complejidad a la trama social, favoreciendo la separación entre la sociedad civil y el Estado en orden a producir un deterioro en el gobierno autoritario. Esta liberalización se proyectará con posterioridad a la sociedad política dando paso a un proceso aún más amplio de democratización, en que quienes

decidirán acerca de los que ejerzan el papel de gobernantes serán los propios ciudadanos⁵.

La realidad hoy es que tras un sistema verdaderamente democrático subyace una sociedad pluralista.

2. INTERÉS GENERAL, INTERÉS PÚBLICO, INTERÉS COLECTIVO E INTERÉS PRIVADO O INDIVIDUAL

Dentro de este fenómeno de democratización, la literatura política reiteradamente hace referencia, sin definir con precisión, a expresiones tales como interés general, interés nacional, interés público o interés colectivo para situarlos en oposición a los términos tales como interés privado, interés individual o propio.

Porque, tal como hemos visto, el proceso de democratización supone o exige como antecedente inicial el reconocimiento de una pluralidad de grupos o movimientos sociales intermedios entre el individuo y el Estado que ubicados dentro de la sociedad civil buscan satisfacer sus propios intereses (interés particular), incluso intentando influir en las decisiones políticas, convirtiéndose en cauces normales de participación de los integrantes de la sociedad civil en la vida política.

Antes de entrar en el tema del presente apartado, hay que considerar que la expresión interés admite dos acepciones: una restringida, y en este sentido equivale a interés económico, interés seccional o propio; y por otro lado, una amplia, que parte del hecho que toda acción supone siempre una motivación; luego cualquier comportamiento es por ende un comportamiento interesado, sea este económico o no.

Bobbio, previamente a concluir el fenómeno de expansión del proceso de democratización, observa que la situación de la democracia actual, en vez de estar caracterizada por la representación política en que el representante está llamado a velar por los intereses nacionales, ha sucedido exactamente lo contrario de modo que "...los grupos se han vuelto cada vez más los sujetos políticamente pertinentes..."⁶. Sobre esa base, señala que en la mayor parte de los Estados Democráticos europeos la representación política ha cedido a una representación de intereses de los grandes grupos de presión.

En ese estado de cosas, Bobbio se plantea la siguiente interrogante: "Por encima del hecho de que cada grupo tiende a identificar los intereses nacionales con los intereses del propio grupo, ¿existe algún criterio general que permita distinguir el interés general del interés particular de este o aquel grupo, o de la combinación de intereses particulares de grupos que se ponen de acuerdo entre ellos en detrimento de otros...?"⁷

⁵ Véase STEPAN, Alfred. *Rethinking Military Politics. Brazil and The Southern Cone*. Princeton University Press, New Jersey, 1988. Chapter one. "Military Politics in Three Polity Arenas: Civil Society, Political Society and the State", pp. 2-12.

⁶ BOBBIO. Ob. cit., pág. 18.

⁷ BOBBIO. Ob. cit., pág. 19.

Friedrich Hayek, al intentar demostrar que un orden basado en la libertad⁸ contribuye al bienestar general —porque permite a todos utilizar su personal saber para alcanzar sus propios fines—, analiza las expresiones interés público e interés privado, desde el momento en que constata que expresiones como “público” y “privado” aplicadas al derecho (Derecho Público-Derecho Privado) resultan desorientadoras⁹.

“Su semejanza con las expresiones interés privado e interés público puede sugerir que el derecho privado solo beneficia a determinadas personas, que solo el derecho público pretende el bien general... Pero la idea de que solo el derecho público persigue el bien público únicamente será cierta si interpretamos ‘público’ en un sentido estricto y especial, que designa tan solo lo que afecta a la organización del gobierno, y si en consecuencia no entendemos el término ‘interés público’ como sinónimo de interés general, sino que lo aplicamos exclusivamente a los fines particulares que persigue directamente la organización gubernamental... Considerar que solo el derecho público sirve al bien general y que el derecho privado protege exclusivamente los intereses egoístas del individuo supondría una total inversión de la verdad...”¹⁰.

Bajo estos presupuestos Hayek, llega a la conclusión que el interés público, general o común o el bienestar general, como otras tantas veces lo denomina “no consiste en la satisfacción directa de las necesidades personales...” (que constituyen el interés privado) “...sino en la creación de un conjunto de condiciones en base a las cuales los individuos o grupos de individuos pueden ocuparse de la satisfacción de las mismas...”¹¹. Luego la primera obligación de la gestión pública es la de mantener un orden espontáneo que permita a los individuos desarrollar cualquier actividad según sean sus necesidades. En cierta forma esta idea, y Hayek lo reconoce dentro de su concepción neoliberal, es coincidente con la *Utilitas Publica* a la que muchas veces se hacía referencia en la Edad Media y que aludía estrictamente a la preservación de la paz y la justicia.

⁸ HAYEK, Friedrich A. *Derecho, Legislación y Libertad*. Unión Editorial S.A. Madrid, 1973. Volumen I, pág. 14. Interesa sobre este punto tener presente su concepto de libertad: “Pero sí conviene recordar por qué prefiero la fórmula abreviada que he utilizado tantas veces para describir una situación de libertad (un estado en el que cada cual puede utilizar su saber personal para alcanzar sus propios fines) a la clásica definición de Adam Smith: “Todo hombre mientras no viole las leyes de la Justicia, debe ser plenamente libre para perseguir a su manera sus propios intereses...””.

⁹ El orden a que se refiere Hayek, y que se sustenta en la libertad está constituido por normas y principios generales de comportamiento con los que la comunidad está comprometida y en cuya virtud la autoridad está limitada en cuanto al ejercicio del poder coercitivo (Derecho Privado). Frente a este orden se encuentran las normas para la organización de los servicios gubernamentales destinadas a los fines específicos previstos por la autoridad (Derecho Público). Para el autor, esta distinción, durante los últimos cien años, se ha ido desvaneciendo en aras de los llamados fines sociales. Véase HAYEK, *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. I. Op. cit., *La transformación del Derecho Privado en Derecho Público mediante la legislación*, pág. 217 y sgtes.

¹⁰ HAYEK. Ob. cit. Vol. I, pp. 205-206.

¹¹ Ob. cit. Volumen II, pág. 7.

Por otra parte, también hace referencia al interés colectivo, cuando admite que en ciertos casos el aparato estatal debe satisfacer algunas necesidades a través de servicios, que solo pueden ser prestados de manera conjunta a cuantos miembros componen un determinado grupo. Luego señala que el interés colectivo no coincide necesariamente con el interés general y que incluso puede llegar a ser opuesto a este último, cuando el Gobierno lo hace por exigencias de diversos colectivos de tipo político o burocrático que le prestan su apoyo electoral.

Asimismo, otros autores y corrientes de pensamiento han intentado, por diversos motivos, definir el interés general a partir del concepto de interés privado.

Bentham se pregunta: ¿Qué es por consiguiente el interés de la comunidad... si no la suma de los intereses de los miembros que la integran...?¹²

Otro tanto nos presenta la Teoría de la Elección Pública, más conocida como *Public Choice*, consistente en la aplicación de los instrumentos de análisis de la Teoría Económica neoclásica al estudio de los fenómenos políticos, entendidos estos en un sentido amplio.

Los supuestos de partida sobre los cuales descansa la *Public Choice* son: primero, que el hombre es un ser egoísta y que busca maximizar su utilidad; segundo, que el hombre es el único ser que siente disgusto o placer y, por tanto, el único que toma decisiones por lo que las elecciones colectivas son el resultado de algún método de agregar las decisiones individuales; tercero, los individuos que participan en los procesos de elección colectiva son las mismas personas que intervienen en el mercado con las mismas motivaciones; y cuarto, existe una estrecha interrelación entre los fenómenos económicos y las instituciones y los procesos políticos¹³.

Cuestionando la intervención del Estado en la economía desde el momento que se constatan las fallas o las imperfecciones del Mercado en lo que se refiere a la asignación de los recursos, Henry Le Page señala: “Los economistas se comportan como si examinaran dos patrones, dos medidas diferentes, según analicen la economía privada o la economía pública. Así, por un lado, hay individuos que son guiados por su interés egoísta y estrechamente individual, los agentes económicos, consumidores, directores de empresa, etc., cuyas motivaciones conviene corregir mediante una reformulación colectiva que encarne el interés general; por otro lado, el Estado, supermecanismo divino, es el reflejo de los intereses de la colectividad que está animado por funcionarios que no tienen otra motivación que la afirmación y el respeto del interés público. Es de esa ficción de la que hay que huir...”¹⁴.

¹² BENTHAM, J. *Introducción a los Principios Morales y la Legislación*. Nueva Edición, Londres, 1923, Vol I, pág. 4.

¹³ CASAS PARDO, José. *El Análisis económico de lo político. Estudio Introdutorio*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984.

¹⁴ LE PAGE, Henry. *Mañana el Capitalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp. 155-156.

Partiendo de los supuestos antes mencionados, el campo de análisis de la *Public Choice* lo constituyen, fundamentalmente, los problemas básicos de la acción política, entendida como el procedimiento para llegar a alcanzar o tomar decisiones sociales o colectivas sobre la base de las preferencias individuales y las condiciones que permiten que las preferencias individuales puedan ser agregadas en orden a alcanzar una decisión social consistente o a construir una función completa de bienestar social¹⁵.

Tratando de redefinir la función de bienestar social James Buchanan sostiene: "...que es necesario suponer que las personas que toman decisiones en el Gobierno tienen tendencia a actuar de acuerdo con sus propios intereses más que con arreglo a un interés público general vagamente definido..."¹⁶.

En un análisis de la actividad de los grupos de presión en base a las imperfecciones constatadas en las soluciones gubernamentales a los problemas privados, Robert Mc Cormick y Robert D. Tollison señalan: "Un agente público no perseguirá algo llamado el interés público; contrapuesto a la búsqueda de su interés personal, más de lo que hagan los agentes privados...", y al respecto concluyen: "El interés público es un resultado o un producto de la búsqueda del interés personal dentro de un marco institucional dado..."¹⁷.

Para comprender la Teoría de la Elección Pública, resulta conveniente tener presente que siempre se plantea como un análisis sobre el modo de actuar de los distintos agentes económicos en la práctica, y pongo énfasis en esta última expresión.

3. RELATIVIZACIÓN DE LO PÚBLICO: CONCLUYENDO EN TORNO A UNA IDEA

Puede afirmarse hoy que las Sociedades de masas o Sociedades pluralistas, características del mundo contemporáneo, están asentadas sobre el principio teórico de la relativización del interés público.

El viejo concepto de interés público, tal como fue elaborado bajo los presupuestos del Estado liberal individualista, con un recelo a todo tipo de grupo que pudiera interponerse entre el individuo y el Estado, contaminando la voluntad general, ha entrado en crisis, sobre todo teniendo en cuenta, además, el apaciguamiento ideológico que se ha venido dando.

¹⁵ Una tercera área de estudio dentro de la *Public Choice*, la constituye el análisis de las instituciones mediante un estudio positivo y comparativo de los Gobiernos, los parlamentos, las judicaturas, los partidos políticos, los grupos de presión y las burocracias en cuanto agentes económicos que participan e influyen en la toma de decisiones económico-colectivas.

¹⁶ BUCHANAN, James M. "Límites Constitucionales al Poder Fiscal del Estado". Artículo aparecido en volumen *El Análisis Económico de lo Político*. Ob. cit. pág. 142.

¹⁷ MC CORMICK, Robert-TOLLISON, Robert D. "Análisis del Estado", artículo en volumen *El Análisis Económico de lo Político*. Ob. cit. pág. 187.

Por cierto, el panorama expuesto en orden a expresiones como interés público, general o común y el interés privado revela un aspecto positivo en torno al cual es posible convenir: la formulación de un interés general sobre la base del interés individual (como algunos dirían, exageradamente, la superioridad del particularismo por sobre el principio de la unidad orgánica) sin que exista ni identidad ni contradicción, sino concomitancia o concordancia.

Porque si la actividad del Estado exige una cierta unidad orgánica en torno a sus fines no puede olvidarse que su existencia es solo accidental o instrumental puesta al servicio de la persona humana, como entidad substancial y un fin en sí misma. Por eso, la autoridad no puede perder de vista las múltiples y variables necesidades, pretensiones y fines que se persiguen, sin que se entienda que ella pueda asumirlas en su totalidad, puesto que es imposible primero conocerlas y luego satisfacerlas todas.

Cuando en aras del interés general se afecta o limita el interés individual es porque se busca generar un orden en que el conjunto de los múltiples intereses individuales que conviven en la sociedad civil puedan ser realizados sin afectarse considerablemente; en tales términos, que el fin de uno no anule al del otro.

Es por todo esto que el interés general, público o común son una misma cosa. A menudo la expresión "pública" se entiende, en un sentido restringido, referido solo a todo cuanto afecta o es preocupación de los servicios gubernamentales, pero como hemos visto esa esfera de intereses no puede ser otra distinta que el interés de la comunidad expresado en un sentimiento generalizado de aceptación a ciertos valores o principios, que hacen posible la convivencia y la realización de sus proyectos particulares (interés privado o propio).

Desde esta perspectiva, el contenido efectivo de la noción de interés público se torna esencialmente variable, por lo que cada sociedad y en cada época de su historia tiene su idea de cuáles serán los imperativos susceptibles de regir la vida en comunidad.

4. UNA NUEVA GENERACIÓN DE INTERESES

Por múltiples causas y en la línea de evolución del pensamiento humano hacia una mejor calidad de vida, sustentada en la dignidad de la persona humana, comenzó a formularse una nueva categoría de derechos de tercera generación, bajo cuya conceptualización aparecen los intereses difusos.

En efecto, estos intereses han surgido, gracias al proceso de democratización y relativización del interés público, que favoreció el reconocimiento de grupos o sectores de la sociedad civil, quienes compartiendo un interés concreto, que trascendía la individualidad de cada uno de sus integrantes para llegar a constituir una preocupación colectiva, buscaban la consagración de una esfera específica de protección mediante, primero, la difusión y promoción

pública o masiva del interés y, luego, la presión concreta ante las autoridades.

Aparece así la noción de intereses difusos particularmente frente a la necesidad de dar protección a nuevas necesidades y nuevos derechos que hasta ese momento no tenían cabida dentro del ordenamiento jurídico —el cual se hallaba estructurado sobre la base de la categoría tradicional del derecho subjetivo—, el que se hacía insuficiente ante los desafíos que presentaba una naturaleza de derechos que, siempre referidos a la persona humana, tenían un alcance supraindividual.

En todo caso, no hay que confundir el derecho propiamente tal con la idea de interés, aunque están directamente relacionados.

En conformidad con su génesis, el autor Ramón Martín Mateo señala que: “En relación con esta problemática la doctrina, inicialmente la italiana pero también la de otros países y concretamente la española, ha acuñado la noción de intereses difusos, que como se ha dicho autorizadamente no constituye un concepto acabado y categorial sino más bien invoca una idea-fuerza renovadora de la clásica e insuficiente tutela procesal”¹⁸.

Esta idea-fuerza es asumida por la doctrina en un concepto más o menos uniforme.

Fernández Segado señala: “Los intereses difusos, que bien pueden llamarse asimismo intereses de pertenencia difusa, porque pertenecen a muchos en común integrando todos ellos un conjunto difuso, con lo que lo difuso es el grupo humano que coparticipa en el interés y no tanto el interés mismo que se puede percibir como concreto, se confunden con frecuencia con los intereses colectivos; en ambos casos el bien jurídico protegido es indivisible; sin embargo, mientras entre los titulares de un interés difuso no existe relación jurídica alguna... sí que existe una relación de base entre los titulares de un interés colectivo...”¹⁹.

Asimismo, Herrendorf y Bidart exponen: “Pero aparte de la cuestión denominatoria, la cuestión real es la presencia de un interés que comparten en común muchas personas, porque ese interés queda afectado, o en peligro, o dañado para mal de todo el grupo y de cada integrante del mismo”²⁰.

Pellegrini Grinover parte de la base que se está en el campo de los intereses metaindividuales o supraindividuales, dentro de los cuales pueden distinguirse el interés público, los intereses colectivos y los intereses difusos. En efecto, sostiene que: “O outro grupo de interesses meta-individuais, o dos interesses difusos propriamente ditos compreende interesses que ão encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores con-

junturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis: habilitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitarse a determinados empreendimentos, etc... Tratase de interesses espalhados e informais a tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas a ‘qualidade de vida’”²¹.

Por su parte, la doctrina italiana no ha sido uniforme en la terminología, utilizando frecuentemente los conceptos de interés difuso e interés colectivo como supuestos similares. Examínense las palabras de Cappelletti cuando señala que: “Nuestra época, ya lo hemos visto, empuja violentamente al primer plano de nuevos intereses ‘difusos’, de nuevos derechos y deberes que, sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, son ‘colectivos’; sin embargo, nadie es titular de ellos, al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un grupo dado, de una clase o de una categoría, son los titulares de ellos. ¿A quién pertenece el aire que respiro?...”²².

La Jurisprudencia italiana tampoco ha sido clara en relación con el concepto de intereses difusos. En un estudio detallado de la situación, Silguero Estagnan señala que: “...la jurisprudencia de la Corte di Cassazione entiende por intereses difusos aquellos en los que el objeto no es apto para ser considerado en el ámbito exclusivamente personal, por lo que son referibles no al sujeto como individuo sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente como máximo, con la generalidad de los ciudadanos. En otras ocasiones, el mismo tribunal entiende por intereses difusos aquellos jurídica e individualmente tutelados, simultáneamente referibles a una pluralidad de sujetos”²³.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los intereses difusos, se observa que la doctrina y el derecho comparado manejan dos hipótesis: Como un interés jurídicamente protegido; o como un derecho subjetivo, privado o público.

²¹ “Otro grupo de intereses supraindividuales”, son los intereses difusos propiamente dichos que comprenden intereses que no encuentran fundamento en una relación de base bien definida, quedando reducido el vínculo entre las personas a factores concurrentes, de otro modo extremadamente genéricos, dados de hecho frecuentemente accidentales y cambiables: habilitar a una misma región, consumir un mismo producto, vivir bajo determinadas condiciones socioeconómicas, sujetarse a determinadas iniciativas, etc. Trátase de intereses desparramados (difundidos, diseminados) y configurados en la tutela de necesidades, también colectivas, sintéticamente referida a la calidad de vida”. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Novas Tendências na Tutela Jurisdiccional dos Interesses Difusos”, en Revista de la Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, Brasil, Vol. LXXIX, Jun.-Dic. 1984, pág. 284.

²² CAPPELLETTI, Mauro. “La Protección de Intereses Colectivos y de Grupo en el Proceso Civil. Metamorfosis del Procedimiento Civil”. Artículo en GREIF, Jaime. *El Proceso, Visión y Desafíos*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1993, pág. 321.

²³ SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a través de la Legitimación de los Grupos*. Editorial Dykinson, Madrid, 1995, pp. 195-196.

¹⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Editorial Trivium, Madrid, 1991, 1ª Edición. Vol. I, pp. 182-183.

¹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La Tutela de los Intereses Difusos”. Artículo en Revista Chilena de Derecho, Santiago, 1993, Vol. 20, Tomo I, pág. 251.

²⁰ HERRENDORF-BIDART. Ob. cit. pág. 221.

“La cuestión trasciende un purismo metodológico, porque surgen de ella opciones de caracterización. Es decir, el interés difuso puede ser un interés jurídicamente protegido o un derecho subjetivo –público o privado–; el primero responde a un derecho cuya consagración depende de la satisfacción que se le otorgue; en cambio, el derecho subjetivo tiene, además del correlato “obligacional” (derecho subjetivo privado), el poder-deber público de ampararlo (derecho subjetivo público)”²⁴.

En este plano, Almagro Nosete señala que “...los intereses difusos pueden adoptar diversas manifestaciones: 1) reconocimiento de algunos derechos o principios en los que se cristalizan o enuncian estos intereses con rango constitucional; 2) desarrollo legislativo de estos principios o derechos; 3) tutela procesal ordinaria de los mismos; 4) tutela procesal específica adecuada a la naturaleza de los intereses difusos”²⁵.

En realidad cuando los intereses difusos alcanzan una consagración expresa, su naturaleza varía según sea la calificación que le otorgue la política legislativa del país respectivo.

4a) Una conceptualización en torno a dos ideas básicas

Más allá del problema de cómo se denominen –siendo en todo caso acertada la denominación de intereses de pertenencia difusa–, tras esta conceptualización subyacen dos ideas fundamentales, en ningún caso contradictorias.

Una primera idea que se concluye, alude a un valor reconocido y aceptado mediante un sentimiento común (sin que exista un vínculo jurídico entre los que participan de él) de procurar su conservación o resguardo. En estas condiciones los intereses difusos ofrecen una línea conceptual de naturaleza sociológica, capaz de movilizar corrientes de opinión y agrupaciones específicas tendientes a buscar reformas legislativas. En este orden preconstitucional y prelegislativo, los intereses difusos constituyen un sector infraprotegido, puesto que carece de una protección y jurisdicción efectiva.

La segunda idea, menos amplia y por eso más restrictiva, es comprensiva de dos elementos característicos: uno viene dado por la existencia concreta de un interés que teniendo relevancia pública no puede ser indiferente al Derecho, siendo necesaria su protección; y, por otro lado, su alcance supraindividual, en cuanto la amenaza de daño o el daño efectivo afecta o puede afectar a un grupo humano indeterminado, a todos y a cada uno.

²⁴ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El Derecho de Amparo. Los Nuevos Derechos y Garantías del Art. 43 de la Constitución Nacional*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 86.

²⁵ ALMAGRO NOSETE, José. “La Protección Procesal de los Intereses Difusos en España”. Artículo en *Revista Justicia*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, año 1983, pág. 69.

Como puede observarse, ambas ideas están relacionadas de modo que la segunda es concreción de la primera, siento esta última la idea-fuerza que mueve a los diversos grupos que existen en la comunidad a obtener un compromiso en principio generalizado, y luego en concreto por parte de las propias instituciones jurídicas, porque lo característico de los intereses difusos es que no tienen una protección real por parte del Estado, de modo que es eso lo que busca la comunidad.

4b) La actualización del concepto de bien jurídico

A partir de la segunda idea, el interés alcanza una conceptualización más definida y menos vaga: el interés en concreto a proteger no sería algo distinto de un bien jurídico, sino que, muy por el contrario, se encontraría dentro de esa misma categoría.

Cualesquiera sean las manifestaciones concretas que alcancen los intereses difusos, incluso bajo la protección jurídica de la figura de un derecho, en la medida que lo hagan, logran conceptualizarse bajo la figura de un bien jurídico.

El bien jurídico es un concepto que desde su origen en el Derecho, especialmente en el Derecho Penal, pretende justificar la intervención del Estado en relación a objetos de protección de relevancia social. Tal concepto aparece como constitutivo de una relación social concreta y fundamental entre los individuos entre sí y el Estado, destinada a la satisfacción de necesidades, en principio individuales. En ese estado de las cosas comenzó a distinguirse entre, por una parte, el derecho... que se plantea como una exigencia de ciudadano hacia el Estado y, por otro lado, el bien jurídico o interés susceptible de ser afectado, como realidad concreta que es, y que hace necesaria su protección efectiva: Derecho a la vida y vida misma, preservación del medio ambiente y medio ambiente, por ejemplo.

Asimismo, hay que recordar que el Estado liberal –bajo cuyo ideal se concibe la idea de bien jurídico– cumplía una función simplemente de guardián, por lo que era impensable su intervención en los procesos sociales y económicos. Por lo mismo, el concepto de bien jurídico era limitado. Pero luego la transformación del Estado liberal en un Estado social y democrático de Derecho trajo consigo el reconocimiento de nuevos derechos y, por ende, la ampliación en la esfera de sus atribuciones, apareciendo entidades supraindividuales de protección, que en una concepción individualista del derecho no tenían cabida. Entonces, para hacer posible esa protección, la doctrina recurre a una nueva conceptualización como la de los intereses difusos.

Siguiendo la lógica de lo expuesto, no es necesario plantear el interés y el bien jurídico como conceptos alternativos, sino que, por el contrario, es posible profundizar el ya existente (bien jurídico) para llegar a reconocer que hay bienes de naturaleza individual y otros de naturaleza supraindividual y compartidos por varias personas.

4c) *Preeminencia del alcance supraindividual o grupal*

En el contenido de estos derechos de tercera generación, ya sea en una etapa prelegislativa y por tanto infraprotégida o como bien jurídico concretamente protegido, se encuentra una valoración que acentúa el carácter masivo y universal que también encontramos en otros derechos o bienes, pero que en estos se haya reforzado en la idea de que las posibles afecciones comprometerán a una masa de individuos, a un grupo, que puede o no estar organizado.

Pensemos, por ejemplo, en la contaminación de las aguas de un lago, o el deterioro experimentado por efecto de terceros de una obra pública; en todos estos casos los perjudicados pueden llegar a ser muchos, puesto que la entidad afectada ha sido objeto de una valoración masiva o colectiva.

¿Y cómo se ha dado esta valoración? No es una cuestión de azar. Esta valoración es una consecuencia directa de la profundización que ha experimentado el contenido de valores como persona humana, dignidad, libertad e igualdad. Con lo cual volvemos a lo enunciado con motivo de las tres generaciones de derechos que apuntan, justamente, a una evolución en el contenido de los derechos en aras del bienestar integral (material y espiritual) del hombre.

No obstante, cualquier bien jurídico o derecho es objeto de una valoración colectiva en el sentido que hay una conciencia generalizada de que debe ser objeto de protección. Es por eso que la diferencia, lo que le da el carácter de doblemente masivo y universal, es que el interés va a ser común a varios, porque a todos ellos afecta o alcanza el perjuicio o la amenaza posible en contra del interés o bien jurídico protegido, aunque no exista relación jurídica entre ellos, lo que exige mayores grados de cohesión social y de interdependencia solidaria.

La doctrina tiende a diferenciar entre intereses colectivos, entendidos estos en un sentido restringido, e intereses difusos. Y sus diferencias suelen fundamentarse en que en los intereses colectivos existe una vinculación directa entre los afectados, ya sea porque constituyen una asociación o un conjunto de asociaciones, ya sea porque existe un vínculo jurídico con la contraparte, vinculación que en todo caso no se daría en los intereses difusos. No obstante, ambos intereses pueden llegar a confundirse desde el momento en que los individuos tienden a agruparse, precisamente, para lograr una protección más efectiva de los intereses difusos.

4d) *Conjunción de aspectos colectivos e individuales, públicos y privados*

Si bien los intereses difusos implican intereses esencialmente supraindividuales o colectivos (en sentido amplio), no hay que desconocer que pueden y normalmente tienen un carácter individual. Este doble carácter individual y supraindividual se aprecia con claridad si se considera que la afectación alcanza a

todos y a cada uno en particular y en consecuencia se trata de intereses que al tiempo son ajenos y propios, aunque siempre comunes.

A partir de esta síntesis se desprende la necesidad de formulación de una nueva categoría de derechos e intereses, distinta a las ya existentes.

La situación expuesta calza notablemente con los procesos descritos anteriormente referidos a la relativización de lo público o publicación de lo privado, en cuanto enfrentamos situaciones que no caen dentro de las categorías tradicionales del Derecho y en otros tiempos tajantemente delimitadas, sino que estamos ante novedosas categorías en las cuales confluyen elementos de uno u otro carácter, haciéndose necesaria la conjunción de los diversos ordenamientos e instituciones, tanto públicos como privados.

Incluso, puede llegar a suceder que algunos de estos intereses logren el carácter de interés público, desde el momento que, teniendo un carácter más general, son seleccionados por el Estado para su protección. Razones de filosofía política y circunstancias de tiempo y lugar determinarán la función que le corresponda en ese aspecto.

4e) *Bienes de naturaleza indivisible*

Otra nota esencial de los intereses difusos es que su objeto es siempre un bien no susceptible de división, puesto que la satisfacción o reparación del agravio a favor de un afectado necesariamente implica la satisfacción o reparación de todos quienes comparten la afectación. Ese es el sentido de su indivisibilidad.

Esta nota permite diferenciar los intereses difusos de los intereses individuales homogéneos que se caracterizan por tener un origen común pero que en tanto individuales su satisfacción alcanza exclusivamente a quienes lo han solicitado, como, por ejemplo, las lesiones individuales sufridas por un grupo de personas en un accidente.

4f) *Carácter difuso*

El término "difuso" (extenso, dilatado) parte de la escasa precisión jurídica que ha caracterizado a estos intereses.

Esta imprecisión o difusión se manifiesta y extiende a diversos planos:

Principalmente desde la perspectiva de los sujetos afectados, en cuanto están referidos a colectivos muchas veces imprecisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados. Aún más, en relación con el medio ambiente reconoce Jaquenod de Zsögön, que "El sujeto pasivo del delito ambiental difícilmente es posible delimitarlo, ello como consecuencia de la esencia del carácter múltiple del bien jurídico protegido, y de la potencialidad latente de la pluriofensividad de un bien jurídico polifacético; por eso suele estimarse al ambiente bien jurídico colectivo o, en otras palabras, interés difuso cuyo sujeto activo no es ni la persona ni los poderes públicos, sino

la colectividad humana en su totalidad o limitada espacialmente”²⁶.

Su carácter difuso se da, también, desde una perspectiva objetiva, “...porque el alcance de las prestaciones debidas y la determinación del sujeto que tiene a su cargo la liberación del deber correspondiente para la satisfacción del interés no están determinados. Se refieren a derechos en los que el contenido del objeto se difumina, ora sea porque los obligados no están fijados legislativamente, ora sea porque los obligados sean múltiples y cada uno tiene algo que poner para el cumplimiento o realización del derecho”²⁷.

Por último, es difuso desde la perspectiva de la accionabilidad, por cuanto la ambigüedad tanto de los sujetos afectados como de los responsables de su afectación presenta problemas de titularidad o legitimidad para proceder judicialmente. En este sentido, los intereses difusos abren la posibilidad de nuevas formas de acceso a la justicia, fundamentalmente en grupo.

4g) Conclusión: Un concepto de intereses difusos

Los diversos aspectos precisados en torno a los intereses difusos permiten concluir un concepto más o menos claro de estos.

Los intereses difusos son bienes jurídicos supraindividuales, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponde a una pluralidad de sujetos más o menos indeterminada, sin que exista entre ellos –por regla general– una relación jurídica base, de modo que su vinculación viene dada tanto su afectación como porque su reparación o satisfacción alcanzan necesariamente a todos y cada uno de los integrantes de esa pluralidad.

4h) Clasificación de los intereses difusos

Bajo la noción señalada, se configura una cantidad considerable de intereses, que para efectos metodológicos pueden agruparse en relación a las siguientes categorías:

1° Intereses relacionados con la defensa del medio ambiente: mediante el cual se pretenden preservar el equilibrio de la naturaleza en sus diversas expresiones, la tutela del paisaje; la protección de la flora y fauna; el desarrollo urbano desmedido o sin planificación; la utilización irracional de las riquezas, etc.

2° Intereses ligados a la protección del consumidor: propaganda comercial; lealtad en el mantenimiento de la oferta; resguardo y seguridad en alimentos y productos médicos; adopción de medidas de seguridad para los productos peligrosos; regularidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, etc.

3° Intereses vinculados a valores culturales y espirituales: seguridad en el acceso a las fuentes de infor-

mación; la difusión sin censura de conocimientos técnicos o científicos; la creación y el mantenimiento de condiciones favorables a la investigación filosófica y al libre ejercicio de los cultos religiosos; la protección del patrimonio histórico, cultural y artístico, el mantenimiento de la paz, etc.

Esta enumeración en ningún caso es taxativa, puesto que, como se sabe, los derechos de la tercera generación, e incluso se habla de una cuarta generación, aún están por precisarse.

En la doctrina española y especialmente en la italiana se incorporan como intereses difusos a aquellos intereses propios de diversas categorías, clases o grupos de sujetos, que se encuentran en lo que los italianos denominan *allo stato difuso*. Se trataría de aquellos que se pueden designar o comprender dentro de los derechos de la familia, de la mujer, del niño, del adolescente y de la tercera edad.

En efecto, estos intereses también se ubican en los derechos de la tercera generación, puesto que apuntan a una igualdad material efectiva.

Como vimos anteriormente, los intereses difusos se visualizan en dos estados o etapas. Primero, como grupos portadores de intereses que buscan una protección subjetiva, y segundo, como bienes jurídicos objeto de una protección efectiva. Estas formaciones sociales *allo stato difuso*, se encuentran en la primera etapa esbozada en cuanto que si bien algunas constituciones o documentos internacionales los reconocen, incluso como derechos, no tienen en realidad una protección efectiva, puesto que carecen de un titular concreto al cual puedan conducirse y por lo mismo alcanzan a una colectividad o grupo más bien indeterminado y por lo mismo difuso.

No obstante, es difícil que lleguen a constituirse como bienes jurídicos propiamente tales y con carácter difuso, porque tienden a configurarse mejor como intereses colectivos, en tanto que individuales buscan ejercerse colectivamente.

5. LA TUTELA EFECTIVA DE LOS INTERESES DIFUSOS

La cuestión fundamental que plantean los intereses difusos consiste en que carecen de una adecuada protección jurídica.

El goce de estos bienes son ineludiblemente comunitarios; se diluyen las distinciones entre nacionalidades, ideologías y formas de gobierno. Las fronteras políticas que definen las diferencias estructurales entre uno y otro Estado, y que de hecho determinan una tutela diferenciada de los derechos e intereses legítimos, se muestran incapaces de responder al pleno ejercicio de sus reconocimientos.

En esa perspectiva, quien resulta naturalmente llamado a prodigar una efectiva tutela de los intereses difusos es el Derecho Constitucional, ello sobre la base de los valores fundamentales que le inspiran y que lo hacen esencialmente garantista.

Es así como hoy día se habla de un Derecho Procesal Constitucional para comprender un fenómeno

²⁶ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. Ob. cit. pág. 320.

²⁷ ALMAGRO NOSETE, José. Ob. cit. pág. 75.

denominado como la tutela constitucional del proceso. A partir de este fenómeno es posible encontrar en el proceso el instrumento idóneo para que se desarrolle en forma efectiva la garantía de los derechos fundamentales.

Partiendo de tal premisa, surgen los llamados derechos fundamentales de los justiciables, los que pueden agruparse dentro del concepto tradicional angloamericano del debido proceso, aunque dotado de un contenido substancial que se proyecta más allá de las reglas procedimentales.

Un "debido proceso" que concrete —como finalidad axiológica—, sin tecnicismo ni rituales exagerados, el efectivo acceso a la justicia, y una vez movilizado el aparato jurisdiccional, conseguir por su intermedio el derecho a una decisión rápida y fundada.

Para cumplir con tal finalidad resulta imperioso saber primero cuáles son los medios procesales que se estiman convenientes para estructurar el esquema de protección de los derechos fundamentales.

Por otra parte supone el examen de los principios que mecanizan los procesos constitucionales. Considerar el proceso solo como un tramo del derecho procesal es subestimar su contenido, finalidad y posibilidades en el marco de la jurisdicción constitucional.

El proceso a cumplir no es un trámite cualquiera, no se trata de un procedimiento establecido bajo una apariencia ordenada y simplista; es un debido proceso o proceso justo como medio de realización de la Justicia.

El esquema actual, de una serie de presupuestos respecto al debido proceso, parte de consagrar el derecho a la jurisdicción como el derecho a que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos e intereses legítimos.

"La premisa inicial, entonces, radica en la posibilidad cierta y efectiva de exigir al Estado el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el contenido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta"²⁸.

La garantía expuesta impone la exigencia de que el actor pueda ejercitar libremente su respectiva acción. Esta exigencia conlleva la prohibición constitucional de vedar el acceso del ciudadano a la protección o de establecer obstáculos que impidan el derecho a la tutela efectiva o ejercicio de la acción.

El reconocimiento constitucional del derecho a la acción o a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva es el resultado de la evolución del concepto mismo de acción, cuyo proceso de conceptualización estuvo cargado de ambigüedad, llegando a constituir una de las materias más ampliamente estudiadas por los autores.

La acción y el derecho a la tutela judicial deben ser diferenciados, sin perjuicio de reconocer la íntima relación que existe entre ambos conceptos. El derecho a la tutela presupone la acción, al igual que presupone la jurisdicción.

El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido, según Almagro Nosete, como "el derecho de carácter instrumental que permite la defensa de todos los derechos mediante un proceso garantizado y decidido por un órgano jurisdiccional"²⁹.

En consecuencia, es un derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso tramitado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos.

La tutela judicial como derecho alcanza su mayor auge doctrinario a través de su consagración en la Constitución italiana de 1947 y posteriormente en la alemana de 1949. Su genuino origen hay que situarlo en la segunda postguerra europea, como vigorosa reacción frente a la trágica experiencia jurídica de la época inmediatamente anterior al conflicto mundial; la idea dominante no es otra que fortalecer la tutela judicial de los derechos y libertades frente a las aberrantes violaciones sufridas.

La Constitución italiana establece en su artículo 24 *la tutela giurisdizionale*: "Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos..."³⁰.

Por su parte, la Ley Fundamental de Bonn (GG) de 1949 proclama en el artículo 103.1 "el derecho que tienen todos a ser oídos legalmente ante los tribunales"³¹, disposición que se complementa con el artículo 19.4, conforme al cual: "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por los poderes públicos podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiere otra jurisdicción competente para reconocer del recurso, quedará abierta la vía judicial ordinaria"³².

La Constitución española de 1978, inspirada en los modelos italiano y alemán, consagra este derecho con mayor precisión y profundidad, tal como señala Barnes, en relación con los otros textos constitucionales, "La Constitución le ha atribuido un espesor técnico y un estándar de protección superiores..."³³. El artículo 24.1, en rigor, establece: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

²⁹ ALMAGRO NOSETE, José. *Instituciones de Derecho Procesal*. Tomo I. Trivium, Madrid, 1993, pág. 47.

³⁰ "Art. 24. Tutti possono agire in giudizio per tutela dei propri diritti e interessi legittimi". Constitución de Italia (1947). *Constitutions of the Countries of the World*. Oceana Publication Inc., New York, Issued March 1987.

³¹ "Article 103 (1). In court everybody is entitled to a hearing in accordance in the law". *Constitutions of the...* Os. cit. Issued August 1994.

³² "Article 19 (4). Where rights are violated by public authority the person affected shall have recourse to law. In so far as no other jurisdiction has been established such recourse shall be to the ordinary courts". *Constitutions of the...* Ob. cit. Issued August 1994.

³³ BARNES, José. "La tutela Judicial efectiva en la Grundgesetz". Artículo en *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, pág. 137.

²⁸ GOZAÑI, Osvaldo Alfredo. *Introducción al Nuevo Derecho Procesal*. Ediar, Buenos Aires, 1988, pág. 123.

6. NUEVOS DESAFÍOS EN LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS

Sin duda que la dogmática de la tutela judicial obliga a adaptarse a los nuevos retos que la sociedad contemporánea le impone para alcanzar en cada caso la efectividad.

Procesalmente, las novedades que aporta la doctrina de los intereses difusos apuntan a propugnar una transformación en el acceso a la justicia que rompe los esquemas tradicionales. Conceptos como acción, legitimación, interés y parte procesal adquieren una nueva dimensión.

Debe considerarse que el aspecto supraindividual o social, especialmente importante en los intereses difusos, ha relativizado el derecho subjetivo, permitiendo compartir su goce con otros miembros de la sociedad.

Las respuestas deben, entonces, partir de un enfoque diferente, poniendo la mirada en la armonización de los roles funcionales en orden a una efectiva tutela.

La acción ha cobrado un sentido distinto. Su mutación va desde un derecho material para llegar a conceptualizarse como un derecho esencial de la persona de posibilidad real y concreta de acudir a la jurisdicción.

Se desplaza, sin perder importancia, el individualismo que caracterizó al derecho procesal clásico y que acuñó fórmulas limitativas que daban lugar a la legitimación según el interés privado afectado (favoreciendo una igualdad formal), hacia una dimensión social que solidariamente alcanza a intereses ajenos. En efecto, limitada la legitimación a quien actúe afirmando un derecho o interés propio, muchas veces lo insignificante de lo discutido, el temor de enfrentamiento con posiciones más fuertes o poderosas que afectan la igualdad ante las partes, frustran el acceso a una tutela efectiva. Cuando a la parte no solo se le atribuye calidad para actuar en nombre propio sino en la de todos los posibles afectados, la importancia de este crece y su acción trasciende al propio interés para proyectarse en el interés de todo el grupo.

Inclusive, se han abierto distintas posibilidades de legitimación que escapan a la relación habitual entre condición de parte y derecho subjetivo tutelar (como es el caso del *Ombudsman*, el Ministerio Público), todo lo cual permite esbozar una teoría de la legitimación que, en ningún caso limitada a la situación jurídica material, estructure un mecanismo instrumental complementario del derecho a la jurisdicción.

En definitiva, se advierte la afectación de la relación jurídica procesal desde el momento en que se admite la intervención de quienes no siendo parte, en sentido estricto, tienen la calidad de afectados.

Grandes tendencias apuntan a la publicización del proceso civil, alejándose de la idea de que las partes son dueñas del trámite. La realización de un proceso más solidario exige que el peso de la prueba se vea afectado en determinados casos por la flexibilidad de su aplicación (sistema de libre valoración de la prueba).

Y, por último, una vez sustanciado el proceso, otros tantos desafíos se presentan en relación a la cosa juzgada. La eficacia de la misma habrá de hacerse extensiva a terceros no intervinientes; la ejecución de las sentencias deberán dar acogida a condenas abiertas en cuanto a la cantidad en que consista la indemnización para favorecer a los posibles perjudicados; el alcance de las sentencias podrá extenderse fuera de los límites territoriales cuando la afectación reclamada comprometa territorios extranacionales; la clásica consideración de las sentencias declarativas, constitutivas y condenatorias se ve superada en orden a cumplir los requerimientos que impone una clase de intereses como son los difusos, que pueden ir desde la restitución de un bien o la prestación de un servicio hasta la adopción de medidas de reversión en beneficios supraindividuales, como sucede en las modernas técnicas resarcitorias norteamericanas.

Tales reflexiones nos indican que estamos presenciando un cambio en los esquemas tradicionales de la tutela jurisdiccional, como dice Capelletti, una profunda metamorfosis del Derecho Procesal³⁴, que, en aras de una efectiva protección de los intereses difusos, nos pone en la necesidad de reconocer nuevas categorías jurídicas, que en palabras de Fernández Segado "vinculen en estos casos la protección no tanto a un sujeto cuanto a un elemento objetivo como puede ser la protección del interés colectivo, difuso o general"³⁵.

Resulta claro que en un modelo procesal como el nuestro, los desafíos señalados implican un importante esfuerzo dogmático y en definitiva un cambio en la estructura legal y constitucional de proceso, para poder conseguir que se admita, por ejemplo, la legitimación de los grupos. Compárese con los modelos procesales anglosajones en que su admisión no plantea grandes problemas (como sucede en las acciones de clase).

Esto nos deja de manifiesto, nuevamente, el desamparo legislativo y judicial en que se encuentran los intereses difusos, que, como hemos visto, constituyen una materia de importancia social y política, que afecta directamente una esfera de los derechos fundamentales.

En consecuencia, estamos frente a un tema que debiera tratarse con criterios amplios y finalistas, en aras de una solución real y eficaz de protección, evitando por sobre todo el desamparo. Para que esto ocurra, es necesario, al menos inicialmente, que nuestra Constitución sea concebida, interpretada y aplicada como garantizadora del ejercicio efectivo de los derechos e intereses legítimos de las personas, sean individuales, colectivos o difusos.

Entonces, debe asegurarse y proveerse una tutela especial, diferenciada y, por lo mismo, efectiva de aquellos a través de mecanismos adecuados o convenientes a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos, obteniéndolo por la vía de la consagración expresa o por interpretación.

³⁴ CAPELLETTI, Mauro. Ob. cit. pág. y ss.

³⁵ FERNÁNDEZ S., Francisco. "La Tutela..." Ob. cit. pág. 252.