

## TUTELA PROCESAL DE LOS INTERESES DIFUSOS

**Prof.: OSVALDO ALFREDO GOZAINI**

### CAPITULO I

#### GENERALIDADES

#### 1. TRANSFORMACIONES DE LAS VALORACIONES COMUNITARIAS

Todo sistema jurídico aparece condicionado por un conjunto de ideologías y de convicciones generalizadas dentro de la comunidad o grupo humano en el que ese ordenamiento rige <sup>(1)</sup>. Son "valores" que actúan, según explicaba RIPERT, como factores genéticos en la medida en que predeterminan la dirección de las leyes e intervienen también como criterios hermenéuticos a tener en cuenta por los operadores que trabajan en la aplicación del derecho que alguna vez se ha llamado "interpretación de reajuste" <sup>(2)</sup>.

De esta manera la realidad y la necesidad marcan el paso al mundo jurídico. La ecuación entre las normas y el requerimiento social han tenido su configuración en el individualismo.

(1) DIEZ PICASO, Luis. "Derecho y masificación social". "Tecnología y derecho privado" (dos esbozos). Ed. Cuadernos Civitas S.A., Madrid, 1979, p. 89.

(2) Ibidem.

Hoy, las variaciones de las leyes, no se acompañan con las cambiantes del derecho, menos aún con las profundas metamorfosis sufridas en las valoraciones comunitarias.

Aquel Estado pensado en la distribución para las individualidades, ha trastocado sus enfoques, motivado en esta suerte de amalgama de preocupaciones que difunden en varios lo que en principio era expectativa de uno.

Por eso mismo es que el Estado y la sociedad, ya no son sistemas autónomos<sup>(3)</sup>, autorregulados, unidos por un número limitado de relaciones y que reciben y envían insumos y productos definidos.

La interrelación entre ambos es constante, razón que lleva a pensar el por qué de la decadencia de una teoría del Estado, para dar paso a una teoría del sistema político que engloba factores estatales y sociales.

Claro está que el hombre advirtiendo la conveniencia de la "asociación", dejó en cierta forma de lado su personal preocupación, destinando al fin del grupo su fuerza motivante, en la idea que lo general terminaría por el beneficio de todos.

Pero el derecho no varió; continuó rigiendo conductas individuales; y estos nuevos derechos asociativos, que provocaban el desplazamiento del viejo esquema del "subjetivismo", no tenían respuestas en los ordenamientos.

Así, por ejemplo, el ámbito jurisdiccional encontraba una nueva categoría de sujetos de derecho; similar al litis consorcio, pero profundamente diferente, y por ello, inextensible para adecuar su realización.

Si a esto le sumamos, la transformación del Estado como organización política, en la cual el clásico arquetipo de la triparticipación del poder, ha pasado a contar sólo con una formulación disciplinaria, en virtud de la acumulación de aquél en uno de sus exponentes (el administrador); observaremos la real situación anómala en la que discurre el individuo-masa.

(3) GARCIA PELAYO, Manuel. "Las transformaciones del Estado Contemporáneo". Ed. Alianza Madrid, 1977, p. 25.

Al mismo se le reconocen las bondades que obtiene del "Estado de derecho", pero esta expresión no se ha incorporado a las Constituciones más que raramente, en tiempos muy recientes y en pocos casos. Por consiguiente, su formulación no está dada por el derecho positivo, sino que es el resultado de la construcción de los juristas <sup>(4)</sup>.

Precisamente éstos han evidenciado la necesidad de buscar "nuevos tipos de protección" que nos permitan canalizar adecuadamente aquellas "acciones colectivas", que están potencialmente en cabeza de grupo, o una clase, o un conjunto de personas, como por ejemplo cuando se pretende preservar el hábitat, o los monumentos históricos, o cuando se intenta una adecuada tutela contra la inflación, o la publicidad que falsea la verdad, o los fraudes económicos, la discriminación social o racial, etc." <sup>(5)</sup>.

Partiendo de estos fenómenos sociales, a los que CAPPELLETTI define como "intereses o derechos difusos" <sup>(6)</sup>, entendemos razonablemente conveniente propender a un amplio ensanchamiento de la protección jurisdiccional dado que partir de intentos reformistas legislativos, deberían iniciarse en una reformulación del programa constitucional de derechos y garantías.

A estos fines surge imperioso obtener respuestas que acomoden situaciones tales como: 1º) la legitimación procesal; 2º.) el alcance de la cosa juzgada; 3º.) índole o calidad de la reparación del perjuicio; 4º.) procedimiento adecuado, o tutela jurisdiccional.

## 2. CARACTERIZACION DE LOS INTERESES DIFUSOS

BARRIOS DE ANGELIS, definiendo por exclusión sostiene que "el interés difuso se caracteriza por corresponder a los sujetos de un grupo determinado"; pues si se supone que es interés la relación entre las necesidades de un sujeto y la aptitud de un bien para satisfacerlas, éste podrá ser individual o colectivo según sea el preciso requerimiento.

(4) GARCIA PELAYO, Manuel. Ob. cit., p. 53.

(5) MORELLO, Augusto M. HITTERS, Juan C., BERIZONCE, Roberto O. "La defensa de los intereses difusos", en "La justicia entre dos épocas", ob. cit., p. 209, 1983.

(6) CAPPELLETTI, Mauro. "Acceso a la justicia como programa de reforma y como método de pensamiento", en Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, N°. 41, pp. 153-170.

Pero cuando el interés corresponde a un grupo indeterminado, ya comienza a hablarse de "interés difuso o colectivo". En consecuencia, es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo a un interés; pero es la indeterminación, la falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo compone, lo que convierte a ese interés en difuso <sup>(7)</sup>.

No sólo desde el punto de vista del sujeto, se puede orientar una conceptualización de los "derechos difusos". También desde el objeto, o "esencia del bien sobre el que ha de recaer la defensa", se cuenta con la posibilidad de concretar una aclaración del concepto.

En este sentido, "derecho difuso o fragmentario" se refiere a un bien indivisible en cuotas que puedan ser atribuidas a cada afectado. Estos últimos se hallan en unión tal que la satisfacción de uno sólo, implica, en principio, la del grupo; así como la afectación a uno solo, lo es también a la clase <sup>(8)</sup>.

Bajo este prisma es conveniente clasificar los intereses a que nos referimos:

1) Intereses relacionados con la defensa de la ecología o el medio ambiente: pretendiendo preservar el equilibrio de la naturaleza, a través de sus diversas expresiones: tutela del paisaje; protección a la flora y a la fauna, combatir la polución; el desarrollo urbano desmedido o sin planificación; la utilización racional de las riquezas, etc..

2) Intereses ligados a la protección del consumidor, propaganda social; lealtad en el mantenimiento de la oferta; resguardo y seguridad en los alimentos y medicaciones; adopción de medidas de seguridad para los productos peligrosos; regularidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos y los sistemas que conciernen a la efectividad de las indemnizaciones de los perjuicios causados en el caso de violación por parte de los expendedores y proveedores, etc.

(7) "Introducción al estudio del proceso". Ed. Depalma, Bs. As. 1983, pp. 126-127.

(8) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", en *JUS Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*, N°. 34, p. 61.

3) Intereses vinculados a valores culturales y espirituales como la seguridad en el acceso a las fuentes de información; la difusión sin censuras 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 de los monumentos históricos y artísticos, etc. <sup>(9)</sup>.

### 3. DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS

Tradicionalmente, la puesta en marcha del mecanismo jurisdiccional se potencia en la acción; elementos que suponen el poder de reclamar la tutela del Estado. Su base normativa se funda en los aforismos "nemo iudex sine actore" y "ne procedat iure ex officio".

De modo que si la acción no es sino el derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe, sólo quien tiene derecho tiene acción.

En cambio, para la defensa de un interés difuso debe, inicialmente, encontrarse el sustento que prima la acción; no tanto el derecho (subjetivo) o la tutela normativa (CAPPELLETTI), sino la finalidad; la trascendencia que la sentencia judicial puede encontrar para el contexto social.

"Si la acción implica la defensa de un valor socialmente relevante; v.gr. medio ambiente sano, patrimonio cultural, etc.; para un grupo de sujetos o clase, probado tal extremo, la tutela debe surgir necesaria aunque no haya una normativa jurídica que respalde la petición, pues corresponde a la estructura misma del Estado Moderno, promover el bienestar general (Preámbulo de la Constitución Argentina)" <sup>(10)</sup>.

La Constitución española de 1978, en el artículo 53 apartado segundo, ha establecido adecuadamente la protección que venimos mentando, y dice que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª. del Capítulo Segundo, ante los Tribunales Ordinarios por su procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

(9) Clasificación tomada de los trabajos citados en las notas 5 y 8.

(10) Ponencia de la Dra. PASCUET DE GONZALES ALDA, Beatriz. "Los intereses difusos..." passim.

El rol a cumplir por la jurisdicción debe ser esencialmente valorativo. Partir de la base de presuponer un valor social defendible, que ante su violación, abra paso a las condiciones de existir la tutela.

“Tan importante es en la consideración valorativa, la supremacía de los valores sociales por sobre los individuales, que el juez, ante la colisión de un interés difuso (verdadero derecho social), y un derecho subjetivo individual (en cabeza de un particular o aún del Estado mismo como sujeto de derecho) debe dar preeminencia a aquél” <sup>(11)</sup>.

## CAPITULO II

### ESTRUCTURA PROCESAL

#### 1. LEGITIMACION ACTIVA PARA LA DEFENSA JUDICIAL DE LOS INTERESES DIFUSOS

Al postular la redimensión de “lo jurisdiccional” por sobre las reformas legislativas, hemos de cuidar especialmente el entronque con las instituciones procesales arraigadas, desde que no se pretende vulnerarlas con sofismas intrascendentes, carentes de práctica; sólo se tiende a concretar una iniciativa (legitimación) indiscriminada a otros sujetos, destinatarios de idéntica defensa, en una escala inédita que “rompe los moldes tradicionales” <sup>(12)</sup>.

Para esta “flexibilidad” si se quiere, hemos de concretar el horizonte del problema, para luego demostrar las razones que permiten la extensión indeterminada del legitimado activo.

Las opciones inmediatas que se proponen al análisis quieren caracterizar al interés difuso como: a) un interés jurídicamente protegido; o bien como b) un derecho subjetivo público o privado <sup>(13)</sup>.

(11) Ibidem.

(12) MORELLO, Augusto M. “El amparo colectivo”. J.A. boletín del 3 de abril de 1985, N°. 5404, p.4.

(13) BARRIOS DE ANGELIS, Dante, ob. cit., p. 129.

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).

La referencia demuestra que los intereses o derechos difusos encuadran, de acuerdo con la política particular del legislador en cada país, ya como "interés protegido" ya como (interés propio de un) "derecho subjetivo" (14).

Ahora bien, los intereses que se enlazan con estos "nuevos derechos", en general pueden caracterizarse como "derechos subjetivos públicos" (derechos sociales subjetivos o simplemente, derechos sociales (15) pues su finalidad es tutelar los valores públicos —el orden, la seguridad, la paz, el poder, la solidaridad, la cooperación, la justicia social—. De ahí la necesidad imperiosa de asegurar su adecuada y efectiva preservación a través de los medios instrumentales correspondientes.

De todos modos, el interés por simple que sea, siempre se reviste de "legitimidad" y en razón de ello lo absoluto debe abandonarse, para considerar el reclamo en un pie de igualdad.

El problema de la legitimación atraviesa una doble perspectiva que concatena las soluciones factibles para adoptar.

Para unos el planteo se resuelve con la creación de organismos específicos; para otros, con la adaptación de los mecanismos existentes.

A nivel de la legislación comparada, partiendo de dos indicativas, se ha logrado un ensanchamiento en la franja del remedio procesal.

En primer lugar, reconociendo derecho a litigar:

"1º.) A cualquiera de estos individuos que están personalmente afectados, pero tan sólo "para vivificar su propio interés". Con lo que la problemática típica de los intereses "difusos, se ha perdido, frente a la tradicional temática de la legitimación. Solución "ésta, por otra parte,

(14) BARRIOS DE ANGELIS, Dante, ob. cit. p. 130.

(15) MORELO, HITTERS, BERIZONCE, ob. cit., p. 215.

manifiestamente insatisfactoria". La lucha del ciudadano aislado "contra los responsables del acto que pongan en peligro intereses difusos, es abiertamente desigual: el volumen de las expensas, la complejidad de las acciones, la carencia de conocimientos técnicos, la fuerza política y económica del adversario", son sólo algunas de las hipótesis que menciona BARBOSA MOREIRA <sup>(16)</sup>.

"2°.) O bien al Estado, a través del Ministerio Público (o sus variantes: Fiscalía en Alemania; Procurador Soviético) parten de la idea tradicional, de que los intereses públicos, corresponden ser defendidos por el Estado. Sin embargo, ante las nuevas condiciones socio-económicas, la peculiar preparación doctrinal e instrumentos legales con que desarrolla su quehacer, este organismo aparece como notoriamente, insuficiente. Requeriría para un ejercicio eficaz, una adecuada preparación en temas tales como el urbanístico, económico, ecológico, financiero, comercial, etc. Demostrando debilidad sin tales bagajes de conocimiento e inoperancia tradicional" <sup>(17)</sup>.

Inclusive dentro de estas posibles variantes, la legitimación para obrar, puede adoptar diversas posturas. En principio pueden elegir:

"a) Legitimación concurrente (y disyuntiva) de los cotitulares que estarían habilitados a actuar en juicio, en defensa del interés común, sea individualmente, bien mediante la formación de un litisconsorcio voluntario.

"b) Legitimación de las personas jurídicas (sociedades, asociaciones) cuyo fin institucional consista, precisamente, en la defensa de los intereses en juego, o que, aún sin tal requisito, ofrezcan buena garantía de "representar" de manera adecuada, con sinceridad y eficiencia, al conjunto de los interesados; eventualmente también a las entidades no dotadas de personalidad jurídica en el plano del derecho material, como así al grupo formado con el cierto y específico objetivo de promover el juicio" <sup>(18)</sup>.

(16) Ob. cit., p. 71.

(17) AMENDOLARA, Zulma; "Cuestiones sobre la legitimación como medio de tutela de los intereses difusos", inédito.

(18) BARBOSA MOREIRA, José Carlos, ob. cit., p. 64/4.

La acción popular es el ejemplo de adaptación al primero de los grupos. En tanto, el artículo 144 inciso 5°. del Código Civil Argentino señala que "cualquier persona del pueblo" cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos puede pedir la declaración de demencia.

Es poco aceptada también por nuestros Tribunales, la posibilidad de legitimar a los organismos profesionales que tratan de defender ante los Estados alguna faceta del quehacer profesional, aunque, en líneas generales, estas asociaciones tienen previsto en sus respectivas legislaciones, la legitimación para asumir la defensa en juicio de los intereses del grupo, que tengan relación directa con la respectiva gestión.

Legitimación que tampoco fuere reconocida a las simples organizaciones civiles de bien público, para estar en juicio en representación de sus miembros.

La misión del Ministerio Público puede verse en este aspecto, desde dos ángulos: es un tanto eficaz en el campo del derecho penal, donde la acción, por regla general es pública y le compete en exclusividad en cuanto a bienes jurídicos que se relacionan con los intereses difusos (v.gr. capítulo de delitos contra la Salud Pública, artículos 186 bis, 200, 201, 206, etc.).

Mas por su quehacer en asuntos civiles, al igual que su modelo europeo, ha sido objeto de severas críticas.

Sin embargo, por ser el principal sistema de representación de los intereses difusos, al tener como misión la defensa del interés público y social, deberá bregarse por la revitalización funcional del Ministerio Público a fin de que cumpla acabadamente con la tarea de velar por el afianzamiento del bien público, que es la razón de ser de su existencia, proponiéndole nuevos y más dinámicos roles, sin los cuales la defensa del interés público y social, que la ley le asigna, se frustra <sup>(19)</sup>.

En nuestra Nación, el Ministerio Público se organiza —a diferencia de otras legislaciones— en diversas ramas, diferenciadas por su rol funcional. Sus competencias específicas se asignan en leyes de fondo (como las del Código Civil) o de forma (artículo 718 —sucesiones—, ar-

(19) AMENDOLARA, Zulma, *passim*.

títulos 7 a 13 —cuestiones de competencia— C.P.C.N.) y leyes orgánicas tribunales (artículos 117, 119, Ley 1893, Ley 17516) <sup>(20)</sup>.

En cuanto a la legitimación de personas jurídicas. “o de entes no personificados en el plano del derecho material” <sup>(21)</sup> configuran quizás la experiencia más trascendente, habida cuenta la proliferación de nucleamientos institucionales portadores de la defensa del interés comunitario.

Las entidades intermedias cobran así un relieve especial por su actividad pública y más aún, por el poder político que suelen concentrar (v.gr. sindicatos, colegios profesionales) <sup>(22)</sup>.

Su punto de partida estriba en la desconcentración de la actividad burocrática, y son verdaderos operadores jurídicos de acercamiento y conciliación entre los intereses del grupo y los del Estado.

“Precisamente, a esos organismos se ha reconocido legitimación bastante para gestionar y asumir no sólo la defensa de los intereses “grupales” sino también la de los “colectivos” que tengan relación directa con la actividad profesional” <sup>(23)</sup>.

La opción de conferir legitimación a estas asociaciones representativas, no obstante, presenta dificultades de interpretación. En algunos casos su existencia no trae mayor complicación, desde que puedan estar reconocidas por un texto legal (v.gr. colegios profesionales, partidos políticos, etc.), en cambio, el funcionamiento de estas agremiaciones, sin caracterización legal, y a veces, sin una representación orgánica fehaciente (v.gr. ligas de consumidores, defensores de la competencia, etc.) advierten la complejidad de acordar indiscriminadamente la legitimación activa.

(20) MORELLO, HITTERS, BERIZONCE, ob. cit., p. 223.

(21) BARBOSA MOREIRA, José Carlos, ob. cit., p. 70.

(22) GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “El comisionado del Congreso (Ombudsman)”. Inédito —Cap. XIX— punto XX.V.

(23) MORELLO, HITTERS, BERIZONCE, ob. cit., p. 226.

La observación ha llevado a ciertos autores a clasificar el conferimiento representativo según que tengan o carezcan de personería jurídica:

“a) Si tienen personería jurídica, sólo pueden representar a sus asociados; los demás integrantes del grupo de interés difuso no son afectados directamente;

“b) Si carecen de personería jurídica la legitimación corresponde a cada compareciente a título individual y, en principio, no legitima respecto de los comparecientes” (24).

Una tercera alternativa, sería asignar legitimación a organismos novedosos como “el ombudsman” (25).

“En este punto “el comisionado del Congreso (ombudsman) debe inmediatizar su relación con el ciudadano; ser partícipe de sus preocupaciones, revelador de sus injusticias, confesor de sus angustias. Esta proximidad, dentro del marco de respeto a las instituciones que controla, servirá para ser crítico de ese ordenamiento en aquellos puntos, temas o problemas que evidencien padecimientos o inadecuaciones”. “La ausencia de filtros o tamices moderadores deben lograrse a fines de la eficiencia del ius título. Con esta finalidad es conveniente también, evitar requerimientos legitimatorios” (26).

“La posibilidad ya ha sido alentada (27) y en términos de concreción la finalidad preventiva y de contralor que el ombudsman ejerce, le permite cumplir esa función”. “En nuestro país las conclusiones del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrada en La Plata” (1981) mentaron que “la extensión de la legitimación procesal que se reconoce a sus organismos representativos deberá corporizarse en un funcionario de-

(24) BARRIOS DE ANGELIS, Dante, ob. cit., p. 138.

(25) GOZAINI, Osvaldo A. “*El Ombudsman*”, La ley 1983 -D., p. 840-845; del mismo autor: “*La Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas y el Comisionado del Congreso (Ombudsman)*”. Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, N°. 45, p. 139.

(26) GOZAINI, Osvaldo A. del libro “*El Comisionado del Congreso (Ombudsman)*”, cit. capítulo XVIII, punto XVII, en prensa.

(27) BOLLA, Mario Edgardo; BISIO, Enrique Edgardo; OSIO, Alejandro Víctor. “*Legitimación para la defensa de los intereses difusos*”. Ponencia al XI Congreso Argentino de Derecho Procesal, La Plata, 1981, passim.

fensor, similar al caracterizado como comisionado, procurador o apoderado público, con facultades propias equivalentes al ombudsman, al cual se le investirá como sujeto procesal principal con facultades propias" (28).

## 2. ALCANCE DE LA COSA JUZGADA

Aparejada con la legitimación, y quizás reflejo de ésta, es la cosa juzgada, la cuestión más difícil a resolver. Es decir establecer el valor de la "res judicata" para quienes no están en el proceso (o aparecen "representados" pero sin su voluntad (29).

Decía CHIOVENDA que "la cosa juzgada como resultado de la definición de la relación procesal es obligatoria para los sujetos de esta relación: sin embargo, a veces, tiene alguna excepción "adem quaestio inter easden personas revocatur"(30), anticipando de este modo que, aunque todos están obligados a reconocer la sentencia entre las partes, no todos pueden verse afectados o privilegiados por ella.

Para explicar estas aparentes desviaciones de la limitación subjetiva de la cosa juzgada, suele recurrirse al concepto de la representación, colocando casi a estos terceros entre las partes litigantes (31), en una interpretación forzada del desprendimiento consecuente.

Los resultados eran aclarados en una doble alternativa: 1) el tercero podía detenerse alegando que "res inter alios judicata", o bien 2) impedir la formación de la sentencia acudiendo al proceso (intervención principal) u oponiendo la nulidad del pronunciamiento.

En nuestra legislación, el artículo 18 de la Constitución Nacional declara inviolable la defensa en juicios de la persona y de los derechos,

(28) GOZAINI, Osvaldo A., del libro "El Comisionado...". Ob. cit. cap. XVIII, punto XXII, en prensa.

(29) VESCOVI, Enrique. "Teoría general del proceso". Ed. Temis, Bogotá (Colombia), 1984, p. 325.

(30) CHIOVENDA, José. "Principios de derecho procesal civil". Traducción de José Osais y Santelé, tomo II, Ed. Reus, Madrid, 1977, p. 458.

(31) CHIOVENDA, José, ob. cit., p. 459.

de donde se deduce —al menos como norma— que la cosa juzgada no puede oponerse al que no ha sido parte en el juicio si no se ha encontrado en condiciones de defenderse<sup>(32)</sup>.

De modo tal que la regla “res inter alios judicata alius nec nocere nec prodesse potest” (lo que haya sido juzgado entre dos personas no aprovecha ni perjudica a los terceros), se justifica por el hecho de que el juez no decide más que el litigio que le está sometido y no tiene ni la intervención ni el poder de decidir por vía de disposiciones general y reglamentaria<sup>(33)</sup>.

Indudablemente después de CARNELUTTI<sup>(34)</sup>, el problema de los límites subjetivos del fallo se orientaron a resolver la eficacia directa de la sentencia, de la eficacia refleja del mismo.

De este modo, el pronunciamiento entre las partes cancela el proceso; en cambio el tercero puede obtener su revisión.

No vamos a extendernos en la consideración de la problemática, pues nos parece de suma importancia apartarnos de las reglas clásicas que deducen la existencia de la cosa juzgada en relación al alcance y limitaciones que sufre en su vinculación con las partes.

A estos fines hacemos base en una idea vertebral: desatender la legitimación para resolver el contenido de la “res judicata”; para ponderar exclusivamente el desenvolvimiento del proceso.

Por ejemplo, si los intereses difusos han sido defendidos por un organismo institucionalizado, llámese Colegio Profesional; Ombudsman, o el mismo Ministerio Público; parece razonable extender “a todos” el alcance final de la sentencia, toda vez que la representación ejercida es indubitable.

En cambio, si la acción es llevada adelante por un particular, una liga de asociados, un grupo heterogéneo, o en síntesis; un agrupamiento de dudosa organización, la solución dependerá del enfrentamiento de

(32) EISNER, Isidoro. “Contenido y límites de la cosa juzgada”. La Ley, 1981-A, p. 35; también en “Planteos procesales”. Ed. La Ley, Bs. As., 1984, p. 517.

(33) Ver IMAZ, Esteban. “Límites subjetivos de la cosa juzgada”. La Ley 1977 p. 859.

(34) “Estudios de derecho procesal”. Vol. II, trad. de Santiago SENTIS MELENDO. Ed. Ejea, Bs. As. p. 367.

varios principios jurídicos y lógicos: el principio de economía, de conservación de los actos jurídicos y de identidad pugnan por la extensión; el principio de libertad; de responsabilidad individual, de limitación de la cosa juzgada a las partes, propenden a la restricción de los efectos de la 'res judicata' a los intervinientes en el proceso de que se trata <sup>(35)</sup>.

La conclusión sería que "los alcances de la cosa juzgada o la oponibilidad de la condena, deben tener la potencia expansiva suficiente a tono con la materia que hace al contenido de la tutela jurisdiccional, sin perjuicio de autorizar el nuevo planteo de la misma acción, en un plazo que la ley fijará, cuando la sentencia denegatoria se funde en ausencia de prueba suficiente" <sup>(36)</sup>, o falta de legitimación adecuada.

### **3. REPARACION Y PREVENCIÓN DEL PERJUICIO**

En este sentido, cabe esperar una variación en el modo de apreciar las reparaciones indemnizatorias. Ello implica que los magistrados judiciales deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes les confieren, para otorgar, con real vigencia, un carácter "preventivo" a la calidad de su pronunciamiento, más que una aplicación "sancionatoria" o "indemnizatoria" que sólo puede compensar el perjuicio individual, desinteresado del "resto".

El concepto iusprivatista del daño resarcible debe criteriosamente abandonarse, abriendo paso a una tendencia nueva, publicística (colectiva), de tipo preventiva y representativa, donde se busque no tanto la reparación personal del lesionado, sino la paralización de los efectos dañosos; y se prevenga la reiteración de casos similares a más de la indemnización "colectiva" que pueda corresponder <sup>(37)</sup>.

### **4. TRAMITE, MECANISMOS PARA LA TUTELA JURISDICCIONAL**

Es en esta cuestión donde el reciclaje debe ser intenso. Hasta ahora la protección jurisdiccional sólo mecaniza el esfuerzo de la legislación

(35) BARRIOS DE ANGELIS, Dante, ob. cit., p. 141.

(36) MORELLO, HITTERS, BERIZONCE, ob. cit., p. 233.

(37) MORELLO, HITTERS, BERIZONCE, ob. cit., p. 235.

general. La escasez de normas sustanciales específicas <sup>(38)</sup> impide un abocamiento formalizado, debiendo el juez intervenir creativa y pretoriamente en la respuesta al novedoso interés que le formula.

De esta forma la implementación de un sistema de protección a los intereses difusos supone todo un replanteo de los presupuestos procesales tradicionales.

A los ya vistos problemas de la legitimación y cosa juzgada, circunstancias que atraen el interés por resolver el derecho a ser oído para aquél que puede verse afectado con el resultado de un juicio, sin haber participado de él; entendemos puede ser contemplado mediante una amplia publicidad de la iniciación del proceso (extraprocesal y por edictos), como en la legislación italiana en donde está prevista la publicación en periódicos con cargo al erario público, instrumentando un plazo razonable para que puedan presentarse los interesados.

Así mismo, el principio dispositivo del proceso civil, ha de sufrir importantes transformaciones, porque la labor judicial es esencialmente activa <sup>(39)</sup>. El juez tendrá que supervisar y controlar el procedimiento, intentando otorgar al procedimiento un neto cariz publicístico, acentuando sobremanera los principios de conciliación y concentrando la mayor cantidad posible de autos procesales, en pos de la celeridad y economía, procurando la rapidez de la decisión en tanto y en cuanto, generalmente estos problemas, requieren de una urgente elucidación.

Precisamente el rol preventivo que acusa este "tipo de proceso", acusa la necesidad de reforzar los mecanismos cautelares, surtiendo

(38) En una mera enunciación que no pretende ser exhaustiva y se limita principalmente a las normativas generales con vigencia nacional, señalamos las siguientes, en relación a las cuestiones que aquí interesan: a) *Preservación de la salud*: 1) Código Alimentario Argentino, Ley 18824 (18-7-69); 2) Contralor de drogas y productos utilizados en medicina humana, Ley 16463 (8-8-64) reglamentada por Decreto 2763 de 1964; d) *Protección del Medio Ambiente*: 1) Contaminación de las aguas de los ríos, Ley 2797 (3-9-881); 2) Contaminación de las fuentes de provisión de aguas, Ley 4198 (31-8-903); 3) Preservación de los recursos de aire, Ley 20284 (16-4-73); c) *Comercialización de Mercaderías*: 1) Defensa de la competencia, Ley 22262 (1-8-80); 2) Abastecimientos, Ley 20680 (20-6-74); 3) Identificación de mercaderías, Ley 19982 (29-11-72); d) *Preservación Patrimonio Cultural*: 1) Propiedad intelectual, Ley 11723 (28-7-33); e) *Conservación de la fauna y de la flora*: 1) Parques Nacionales, Ley 22351; 2) Fauna silvestre, Ley 22421, Citas de MORELLO, HITTERS, BERIZONCE, ob. cit., pp. 217-218.

(39) PASCUET DE GONZALES, Alda S., ob. cit., passim.

una revitalización de las medidas genéricas, o innovativas, o bien, reconociendo la procedencia de una acción de cesación preventiva de toda manifestación, que al producir daños (v.gr. al medio ambiente, o a la ecología) requiera la enérgica y perentoria neutralización de sus efectos negativos <sup>(40)</sup>.

Estructuralmente los procesos de conocimiento aparecen como los más logrados para la protección procesal de los intereses difusos; no obstante la serias concomitancias del costo y fundamentalmente, de la celeridad, acentúan el interrogante acerca de su conveniencia.

Vista la problemática en su conjunto, nos parece razonable desplegar la imaginación para que la tutela de esos derechos difundidos se alcance efectiva y adecuadamente; con fuertes matices preventivos, a través de vías y procedimientos jurisdiccionales, verdaderamente idóneos y operantes <sup>(41)</sup>.

Partiendo entonces de un proceso, de acentuada difusión pública y con profunda vocación preventiva y conciliadora, hemos de ponderar un cauce adecuado para la respuesta jurisdiccional.

Inclusive, la teoría de las medidas cautelares manifiesta la necesidad de su reformulación; hoy la prevención necesita operarse como garantía de resguardo, más que como un medio inestable y momentáneo. Se trata de una superación funcional, más que de un anticipo de la garantía jurisdiccional.

Por ello, si la acción de amparo y la de Hábeas Corpus descartan todo tributo a lo meramente formal, pareja es o debe ser la línea de política jurídica en cuanto a que las normas del procedimiento y la dogmática de la cautela, tal cual se persigue, potencien la intangibilidad de los derechos <sup>(42)</sup>.

Auspiciamos el abrigo de instituciones que en el tiempo han demostrado la certeza de su realización.

(40) MORELLO, HITTERS, BERIZONCE, ob. cit., p. 233.

(41) MORELLO, Augusto Mario. "La defensa procesal de los derechos personalísimos", E.D. boletín del 14-3-85.

(42) MORELLO, Augusto Mario. "La defensa de los derechos personalísimos", ob. cit., p. 2.

El “reverdecimiento del amparo” es un hecho innegable, que no escapa a la mira del lector.

Bien se ha puntualizado en este horizonte, que ante la urgencia en considerar la situación jurídica del afectado —la víctima, el consumidor, el agraviado específico a proteger— pierde relevancia predicar si quien entabla una acción de amparo se encuentra investido de la calidad de titular de un derecho subjetivo, o menos, de un interés legítimo, para reparar en que ostentando como justificación un simple interés de hecho, producto de uno de los conflictos de nuestra singular coyuntura cívica, el derecho viene “obligado a tutelar” (43).

De modo entonces que la atención al “interés tutelado, jurídicamente justificado”, relativiza la posición subjetiva de la parte; y el amparo demuestra una realización permisiva que facilita una consideración más flexible y adecuada.

“Si se atiende a esa dilatación en la legitimación, el amparo, reverdecido en su virtualidad, se erige en un buen banco de prueba para mostrar su versatilidad y aptitud de adaptación, no sólo frente al Estado sino también frente a las diversas manifestaciones de organismos y empresas que en la sociedad, al desenvolverse aún regularmente, comprimen y asedian la tranquilidad de la convivencia y agrietan el medio en donde aquéllas se desarrollan” (44).

En este orden de ideas, en donde el conflicto se solidariza y el amparo se nutre de un especial predicamento, MORELLO ha iniciado el camino para atender el instituto del amparo colectivo: “El amparo individual para la protección de los derechos humanos, cuanto el amparo colectivo para la de los intereses difusos, afines a nuestra idiosincrasia y experiencia, y se erigen en pieza clave en miras a una ordenación sistemática de tutela urgente, sumaria y preferencial de esas libertades” (45).

(43) MORELLO, Augusto Mario. “*El amparo y la protección de los intereses difusos*”. Rev. Doctrinal, Ed. Colegio de Abogados de Morón, 1984, p. 32.

(44) MORELLO, Augusto Mario. “*El amparo y la protección de los intereses difusos*”, ob. cit., p. 32.

(45) MORELLO, Augusto Mario. “*El amparo colectivo*”. J.A. Boletín del 3-4-85, N°. 5405, p. 6.

Y si el tema del procedimiento puede abastecerse en la línea argumental anticipada, también será necesario contar con un organismo jurisdiccional idóneo que atienda la nueva expectativa creada.

Procesos especializados o jueces específicos aparecen como los caminos más indicados para esta cobertura.

En general no se visualizan, en el derecho comparado, ninguna de estas soluciones; sólo se admite, "según hemos proclamado como regla fundamental, que se acepten ciertas especialidades procedimentales, que se derivan de las especialidades del derecho protegido" (46).

La experiencia de una magistratura que frecuente la temática de los intereses difusos destacaría una formación nueva, en donde la fuerza vinculatoria prioritaria del derecho constitucional cobraría una dimensión y guías notables (47) permitiría lograr en una suerte de cuasi Tribunal constitucional de garantías fundamentales, lo que se alcanza, sea en España, a través de la independiente y rectora función del Tribunal Constitucional; cuanto en los países latinoamericanos donde el contralor de constitucionalidad no es concentrado sino difuso según el modelo de los Estados Unidos de Norteamérica, y que sólo se accede en la estancia apelada última, merced a las diversas variantes del recurso extraordinario federal (48).

Finalmente, mirando con mucha perspectiva, puede permitirse avizorar un progreso del Derecho y de los Derechos, a cuyo servicio está la ciencia del proceso, aunque éste sea muy sinuoso (con sus "corsi e recorsi") y extremadamente lento. Aquí podríamos repetir la conclusión de CARNELUTTI, respecto a la evolución del derecho impulsado por la ética, dentro de la cual incluye la justicia, y que dice que los hombres "se hacen mejores en esa dirección, pero sus pasos son imperceptibles, como si la manecilla del reloj se moviera sobre un cuadrante de siglos" (49).

(46) VESCOVI, Enrique, ob. cit., p. 323.

(47) Ver GONZALES PEREZ, Jesús. "Derecho procesal constitucional". Ed. Civitas, Madrid, 1980, SEGUES, Néstor Pedro. "Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional", en La Ley 1981 - C 865.

(48) MORELLO, Augusto Mario. "Tutela procesal del derecho a la intimidad personal". J.A. Boletín del 1-5-85, N°. 5409, p. 13.

(49) Ver VESCOVI, Enrique, ob. cit., p. 331.

Con esta esperanza, alentaríamos una evolución a la internacionalización del problema, a supralegalizar el quid del interés difuso, en sus diferentes expresiones, concretando la búsqueda de soluciones comunes, respetando las particularidades de cada país, posibilitando la vigencia de un derecho común<sup>(50)</sup>.

### CAPITULO III

#### **CONCLUSIONES SOBRE LA TERTULIA PROCESAL DE LOS INTERES DIFUSOS. PROPUESTAS**

A modo de síntesis valorativa de los comentarios expuestos podemos concluir que:

1º.) Existe en el mundo una tendencia a "solidarizar" el derecho subjetivo<sup>(51)</sup>; a compartir la preocupación individual. Ello obliga a repensar el contenido de la protección jurisdiccional, clásicamente dirigida al individuo, para dar paso a nuevas formas de definición, sea a partir de reformas legislativas, de magistraturas especiales, o de una reformulación del programa constitucional de derechos y garantías.

2º.) La idea es implementar un sistema de defensa adecuado y flexible que atienda al problema sin detenerse en cuestiones formales.

A tal fin, la solución intentada a través de remedios rápidos y efectivamente comprobados como el amparo, permiten brindar un ejemplo del instrumento procesal que se alienta.

3º.) Para ofrecer realidad a estas premisas será menester:

a) Reconocer "legitimación procesal" atendiendo la finalidad que origina el pedido relativizando los clásicos encuadres de "derecho subjetivo" e "interés legítimo".

(50) MORELLO, HITTERS, BERIZONCE, ob. cit., p. 233.

(51) Véase sobre esta temática QUIROGA LAVIE, Humberto. "Los derechos públicos subjetivos y la participación social". Depalma, 1985, p. 2, Señala este autor en tal orden de ideas, que se trata en realidad de una transformación del debido proceso legal individual en un nuevo modelo que está en condiciones de atender las necesidades de lo colectivo.

b) Dotar de legitimación suficiente a las asociaciones que, dentro de parámetros prefigurados, en forma regular tengan por objeto asegurar la defensa y preservación de los derechos difusos.

c) Alentar la concreción de una figura representativa única, de estrecho contacto con el ciudadano, destinado a resolver estos problemas concretos. El Defensor del Pueblo (Ombudsman) es un claro ejemplo de la intención,

d) Legitimar a cualquier individuo, para que por sí, o a través del Estado, con intervención del Ministerio Público, pueda promover la acción de defensa.

4°.) Concurrentemente, será necesario ejercer para el proceso de protección al "interés difuso", una gran publicidad, y una manifiesta tendencia al principio de conciliación.

En este orden de ideas, el problema de la cosa juzgada que se logra en el juicio debe tener la potencia expansiva suficiente a tono con la materia que hace al contenido de la tutela jurisdiccional; sin perjuicio de autorizar el nuevo planteo de la misma acción, cuando la sentencia denegatoria se funde en ausencia de prueba suficiente <sup>(52)</sup>.

5°.) La reparación del perjuicio será conveniente orientarla no tanto a la indemnización personal, como sí a la prevención o a la paralización de los efectos dañosos, compensando a "todos" por los perjuicios provocados.

A este fin, tendría que ir pensándose en la creación de un fondo común para estos menesteres.

6°.) Por último, en la búsqueda de un nuevo punto de equilibrio entre las libertades de los ciudadanos y los límites en que opera el Estado, y las instituciones intermedias, la prolija atención el estudioso puede habilitar a alcanzar un punto razonable en la compatibilización de sus respectivas competencias, de modo de conjugar la plenitud de la persona en el seno de una sociedad libre y creadora, en la compañía de un Estado circunscripto y eficaz <sup>(53)</sup>.

(52) MORELLO, HITTERS, BERIZONCE, ob. cit., p. 233.

(53) MORELLO, HITTERS, BERIZONCE, ob. cit., p. 239.