

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO-GUAYANA

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

AREA DE DERECHO

ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

PROCESO JURISDICCIONAL SUPRAINDIVIDUAL

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista, en Derecho Procesal.

Autor: Suher Aboud J.

Asesor: Dr. Andrés Méndez Carvallo.

Puerto Ordaz, Noviembre de 2007.

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

AREA DE DERECHO

ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **SUHER ABOUD JORGE**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: "**PROCESO JURISDICIONAL SUPRAINDIVIDUAL"**, considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Puerto Ordaz, a los veintidós (22) días del mes de Noviembre de 2007.

_____

Andrés Méndez Carvallo
C.I. 5.304.717

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

AREA DE DERECHO

ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

PROCESO JURISDICCIONAL SUPRAINDIVIDUAL

Por: Suher Aboud Jorge

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal aprobado en nombre de la Universidad Católica Andrés Bello, por el Jurado abajo firmante, en la Ciudad de Caracas, a los _____ (_____) días del mes de _____ de 2007.

Dedico este trabajo a

Dios Padre
que inspira en mí la búsqueda de verdad
y el camino de libertad

A mis padres, Linda y Nicolás
quienes han acompañado con paciencia y comprensión
la realización de este trabajo.

A los miles de hombres y mujeres
que ansían ser reconocidos en su dignidad y derechos

A la vida, que es siempre una oportunidad

El sueño de uno es apenas un sueño,
El sueño de muchos es una realidad
(Dom Helder Cámara)

Agradezco a todas aquellas personas que con interés sincero y buena voluntad colaboraron con la realización de este trabajo, especialmente a mi Asesor de Tesis el Dr. Andrés Méndez Carvallo.

De manera especial agradezco la experiencia vivida en el Consejo Estadal de Derechos del niño, niña y adolescente del Estado Bolívar, en donde día a día, con la participación de diferentes organizaciones sociales e instituciones, aprendí a pensar en colectivo, entendiendo que sólo en comunidad es posible hacer realidad las políticas públicas en beneficio de los más necesitados, para garantizar de manera efectiva la tutela de los intereses colectivos y difusos.

INDICE

Pág

APROBACION DEL ASESOR……..... ii

APROBACION DEL JURADO…… iii

Dedicatoria……..……..... iv

Agradecimientos…….…… v

INDICE……..…… vi

Lista de tablas…….. xvi

RESUMEN…… xvii

INTRODUCCION……. 1

CAPITULO I. EL MOVIMIENTO DE ACCESO A LA JUSTICIA.

1. Concepto de Acceso a la Justicia..... 16

2. El Acceso a la Justicia en el ordenamiento jurídico venezolano… 19

3. Dificultades para el Acceso a la Justicia de los intereses colectivos y difusos..... 22

a. La inadecuación de las estructuras procesales tradicionales. 25

b. Condicionamientos fácticos..... 28

c. Condicionamientos jurídicos..... 31

4. La necesidad de nuevos mecanismos y técnicas procesales..... 35

CAPITULO II. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

1. Concepto de Tutela Judicial Efectiva…… 43

2. Diferencias entre la Acción y el derecho a la Tutela Judicial…… 44

3. Estructura del derecho a la Tutela Judicial Efectiva……. 51

CAPITULO III. LA SOCIALIZACIÓN DE LOS INTERESES INDIVIDUALES.

A. INTRODUCCION..... 52

B. **HACIA UNA VISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**…… 53

i.Definición de Derechos Humanos..... 54

2. Definición de Derechos Fundamentales..... 55

1. Derechos del Hombre y del ciudadano..... 56
2. Derechos naturales y derechos civiles..... 57
3. Derechos civiles y libertades o derechos políticos 57
4. Derechos civiles y derechos o libertades individuales 58
5. Derechos y libertades públicas..... 58
6. Derechos fundamentales y derechos de personalidad 59
7. Garantías constitucionales y derechos fundamentales..... 59

3. La Generación de los Derechos..... 63
a. La primera generación: Los derechos individuales..... 64
b. Los derechos de la segunda generación: La dimensión social..... 65

c. La tercera generación de derechos: Los derechos fundamentales supranacionales y supraindividuales..... 67

CAPITULO IV. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

A. LA SOCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS……. 68
1. Del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho……. 70
a. La Perspectiva Constitucional venezolana…….. 71
2. El Análisis de la Sala Constitucional sobre el Estado Social de Derecho…… 73
a. Conceptos actuales sobre el Estado social de Derecho……. 76
b. El Estado social de Derecho en el Derecho constitucional venezolano…….. 78
c. Los derechos prestacionales…… 78
3. La visión del "ciudadano" en la Carta fundamental……. 79
4. El Nacimiento de los Intereses Supraindividuales…… 81

CAPITULO V. LA NOCION DE INTERESES SUPRAINDIVIDUALES.

A. NOCIÒN DE INTERÈS…… 83
a. Concepción objetiva……. 84
2. Concepción subjetiva…….. 84

B. EL INTERÉS JURÍDICO…….. 85
1. El Derecho Subjetivo…… 87
2. El Interés Legítimo……. 89

C. EL INTERES PÚBLICO Y EL INTERÉS PRIVADO…….. 93

D. LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES…… 108
1. Naturaleza de los Intereses Supraindividuales. …….. 105
2. Naturaleza Pública o privada…….. 110
3. Dimensión social de los intereses Supraindividuales…… 113
4. Cuadro comparativo de los conceptos en materia de intereses colectivos y difusos…… 114

CAPITULO VI. LA PROTECCION DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS.

A. ACCION PROCESAL Y DERECHO DE ACCIONAR…… 130
1. Teoría sobre la Acción. …….. 133
a. Tesis Obligacionista…… 133
1) Tesis Monista…….. 134
2) Tesis jurisdiccionalistas……. 136
2. El interés Jurídico…… 137
3. Carácter Dualista……. 138
4. Concepto de Acción……. 139
5. Caracteres de la Acción…….. 139
a. Es un Poder…… 140
b. Se reconoce por el ordenamiento…….. 141
c. Se reconoce a los sujetos jurídicos…… 142
d. Se actúa en el proceso…… 142
6. Naturaleza Jurídica……. 144

B. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 145
1. Distinción entre la acción y la Tutela Judicial Efectiva…….. 145
a. Consecuencias. ……. 146
b. elementos estructurales del poder de acción…… 147
1) Elemento Subjetivo: la legitimación…….. 147
2) Elemento Objetivo: el interés en accionar……. 148
1. Elemento causal: la accionabilidad…….. 148

C. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL…… 149
1. Concepto……. 151
2. Naturaleza Jurídica…… 153
3. Legitimación, Derecho material y Derecho de accionar…… 154
4. Capacidad Jurídica – procesal…… 155
5. Capacidad de Obrar Procesal……. 156
6. Diferencias entre Capacidad y legitimación…….. 157
7. Contenido y Clases de legitimación…… 158

a. La legitimación *ad processum o capacidad*…… 158
b. La Legitimación *ad causam* o cualidad……. 159
c. Legitimación Ordinaria……. 160
d. Legitimación Extraordinaria……. 162
e. Legitimación y representación……. 162
9. La Representatividad adecuada……. 167

E. LAS PARTES EN EL PROCESO……. 174
1. La parte como elemento Subjetivo del proceso…….. 174
2. Supuestos de Pluralidad de las Partes……. 175
a. El Litis consorcio…….. 176
b. El Litisconsorcio y los Intereses Colectivos y Difusos…….. 181
c. Legitimación e Intervención Procesal……. 183
3. El Sujeto legitimado…….. 184
4. Legitimación y Titularidad……. 186
5. Legitimación por sustitución procesal……. 186
6. La legitimación para la defensa de los intereses Supraindividuales…….. 189
a. Alcance y significado……. 189
b. Supuestos de Legitimación colectiva respecto al portador del interés…… 190
c. Objeto del proceso supraindividual, ámbito de legitimados plural y portador individual…… 192
d. Ámbito de interesados plural, pretensión supraindividual y un "portador colectivo". ……. 192
7. La Acción Popular…….. 193
8. Distinción entre legitimación Popular y Legitimación para la defensa de los intereses colectivos y difusos…….. 197
9. La Legitimación calificada del Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo. …….. …….. 202
a. El Ministerio Público…….. 202
b. La Defensoría del Pueblo……. 207
10. Otros entes legitimados…….. 212
El Papel de las Organizaciones no Gubernamentales en la Defensa de los derechos e intereses colectivos y Difusos…… 213

F. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN VENEZUELA…… 222
1. Introducción…… 222
2. Antecedentes……. 226
3. La Legitimación…… 237
4. Legitimación de las ONG's……. 248

5. Pretensiones ejercitables…….. 251

CAPITULO VII. LA LEGITIMACIÓN DE GRUPOS EN EL DERECHO COMPARADO

A. LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES EN LA DOCTRINA ITALIANA…… 258
1. La Conceptualización de los Intereses colectivos y difusos…… 258
2. La Legitimazione per Categoría…….. 262
   a. Las asociaciones sindicales…… 266
   b. Las organizaciones de inquilinos o de propietarios……. 266
   c. Las asociaciones profesionales agrarias…….. 267
3. Principales problemas procesales que se plantean……. 269
4. La adopción de soluciones particulares para cada ámbito procesal…… 272
   a. Proceso civil…… 272
   a. Proceso contencioso administrativo…….. 272

B. LOS INTERESES COLECTIVOS EN LA DOCTRINA FRANCESA…… 272
1. La Qualite des Groupements…… 276
2. La Protección Jurisdiccional de los Intereses Colectivos en el Derecho Francés……. 279
   a. Sindicatos……. 279
      1) En caso de infracción penal…….. 279
      2) En caso de que no exista infracción penal……. 280
   b. Asociaciones…… 281
      1) En caso de infracción penal…….. 281
      2) En ausencia de infracción penal…….. 282
         a) Ley nº 92-60, 18 enero 1992 …… 283

C. LOS ÜBERINDIVIDUELLER INTERESSEN EN LA DOCTRINA ALEMANA…… 286

1. La Protección Jurisdiccional de los “Überindividueller interessen “en el Derecho Alemán. ……..…….. 289
   a. Consideración general de los medios de tutela…… 289
   b. Instituciones tendentes a la defensa de intereses plurisubjetivos……. 290
   c. Instituciones tendentes a la defensa de intereses colectivos. 291
   d. La Tutela de los Intereses de Grupo en la AGBG y UWG…. 291

1) Ley sobre Normas generales de Contratación "Gezetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungungen (AGBG)…….. 291
2) Ley de competencia desleal, "Gesetz zur Unlauteren Wettbewerb" (UWG)……. 292

D. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. EL SISTEMA DE *ACCIONES DE CLASE (CLASS ACTIONS)* 295
1. Objetivos…….. 295
1. Economía procesal…… 295
2. Acceso a la justicia…… 295
3. Efectividad de Derecho material……. 296
4. Sobreposición entre los objetivos…… 297
2. Concepto……. 297
3. Requisitos de la Acción de Clase…… 299
a. Que el Litisconsorcio sea impracticable (Numerosity):…… 300
b. El carácter común del objeto procesal (Commonality) o identidad fáctica:……. 302
c. Que la pretensión sea típica (Typicality):…… 303
d. Adecuada representación (Adequacy of representation):…… 304
4**.** Facultades del juez…….. 308
a. Certificación…… 309
b. Notificación……. 311
c. Cosa juzgada……. 313
5. Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos. ……... 314
a. Acciones Colectivas……. 314
1) Requisitos de una acción colectiva. …… 314
2) Hipótesis en las cuales acciones colectivas pueden ejercitarse. …… 314
3) Determinación si una acción colectiva puede ser certificada; notificación; fallo; acciones colectivas parciales…… 316
4) Proveimientos sobre el ejercicio de las acciones…….. 317
a. Terminación o acuerdo…… 318
b. Apelación interlocutoria…….. 318

E. LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN EL DERECHO ESPAÑOL……. 322
1. La Tutela de los Intereses Colectivos y Difusos en el Ordenamiento Jurídico Español……. 322
a. Legitimación…….. 326

b. La Capacidad de ser parte……. 327
a. Llamado a través de los medios de comunicación…… 330

1. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA LEGISLACION BRASILEÑA…… 334
1. Innovaciones de las Acciones Colectivas Brasileñas……. 339
2. Tipos de Derechos de Grupo en Brasil ……. 343
3. Derechos de Grupo transindividuales e Indivisibles……. 346
4. Los derechos del Grupo en la práctica……. 347
5. Derechos Colectivos …… 349
6. Derechos individuales Homogéneos…….. 351
7. El enfoque brasileño en la legitimación colectiva……. 356
8. El papel de las Asociaciones en la Protección de los derechos de grupo…… 360
1. El Papel del Ministerio Público…… 364
10. Cosa Juzgada Colectiva. …… 366
11. Cosa Juzgada e insuficiencia de Pruebas…… 372

CAPITULO VIII. LA DEFENSA DE LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES POR LOS GRUPOS
A. LOS GRUPOS…… 376
1. La Capacidad de los Grupos…….. 378
2. Capacidad Jurídica sustantiva y procesal……. 382
3. La actuación procesal de los grupos y la legitimación…… 390

B. LAS ASOCIACIONES EN EL AMBITO CIVIL…… 391
1. Legitimación Individual de los miembros…… 392
2. Representación de la Asociación……. 393
3. La Legitimación individual ordinaria……. 396
1. Las organizaciones sociales intermedias……. 397
1) Las Asociaciones de Consumidores……. 397
2) Las Asociaciones Profesionales…… 399
3) Las asociaciones de consumidores y usuarios ……... 406
a) La Ley del Consumidor y del usuario……. 406
b) La posibilidad de actuación de las Asociaciones 407
c) La tutela judicial de los derechos colectivos y difusos Procedimientos…… 409
d) Procedimientos…….. 411

CAPITULO IX. MECANISMOS PROCESALES PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES.

A. LOS PROCEDIMIENTOS EN VENEZUELA PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS……. 415
1. Introducción……. 415
2. Competencia en Materia de Intereses Colectivos y Difusos……. 417
3. Pretensiones que pueden configurar la Defensa de estos intereses. …… 419
   a. Pretensiones restablecedoras de Situaciones……. 419
   b. Pretensiones de Condena a un no hacer…….. 419
   c. Pretensiones de Condena a un hacer…….. 420
   d. Pretensiones Indemnizatorias……. 420
4. Tipos de procedimiento según el tipo de pretensión…… 420
   a. Procedimiento de Amparo Constitucional……. 420
   b. Procedimiento Común para la tutela de los Intereses Colectivos y Difusos (Modificado por el TSJ)……... 421
   c. El Procedimiento Civil Indemnizatorio del Código Orgánico Procesal Penal…….. 421
   d. El Procedimiento Judicial de Protección…….. 423
   e. Procedimiento aplicable …… 424

B. EL PROCEDIMIENTO COMÚN PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS……. 425
1. Antecedentes……. 425
2. Pretensiones objeto de este procedimiento común……. 427
3. Estructura del procedimiento…… 427
4. Requisitos para que se de la legitimación activa…….. 428
5. Procedimiento común (Pretensión autónoma para la tutela de los intereses colectivos y difusos…… 429
   a. La Demanda …….. 431
   b. Providenciación de la demanda……. 432
   c. La comunicación procesal en la fase introductoria …… 434
      1) Citación de la parte demandada…….. 434
      2) Notificación del Defensor del Pueblo y del Fiscal General de la República……. 435
      3) llamamiento general a los sujetos titulares del bien común cuya tutela se solicita……. 435
   d. Contestación de la Demanda……. 436
      1) Oportunidad…….. 436
      2) Forma y requisitos…… 437
   e. La Audiencia Preliminar……. 437
      1) Finalidad…….. 437
      2) Papel de las partes……. 438
      3) Papel del Juez……. 439
      4) Memoria…… 439

f. Auto de Ordenación del proceso…….. 439
g. Lapso de promoción de Pruebas …… 440
1) Providenciación de las Pruebas promovidas …….. 441
h. Evacuación de las Pruebas…… 441
1) Antes de la Audiencia Oral……. 441
2) En la Audiencia Oral…… 441
i. La Audiencia Oral…….. 442
4) Oportunidad…… 442
5) Desarrollo…… 443
j. Sentencia…….. 444
1) Oportunidad……. 444
2) Contenido …… 444
3) Requisitos…… 445
4) Efectos……. 445

C. EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO CONSTITUCIONAL…… 446
1. Antecedentes…….. 448
2. Legitimados …… 449
a. Legitimación Activa…… 449
b. Legitimación pasiva……. 452
3. Admisibilidad del Amparo……. 456
4. Fases del procedimiento…….. 460
a. Procedimiento del amparo autónomo previsto en la ley de amparo de 1988…… 460
b. Amparo inaudita parte. Establecido en el Art. 22 de la Ley. (Derogado)…… 461
c.- Nuevo procedimiento para tramitar amparos autónomos….. 462
5. Condiciones de Procedencia del Amparo. ……. 466
6. Efectos de la Sentencia…….. 469

D. REGULACIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN DIVERSAS LEYES…….. 476
1. Ley Orgánica del Ambiente …….. 476
2. Ley Orgánica de Ordenación Urbanística…….. 477
3. Ley Orgánica de Régimen Municipal……. 478

E. LA TUTELA CAUTELAR DE LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES…… 478
1. La tutela cautelar de los intereses Supraindividuales…… 481
2. Presupuestos para el otorgamiento de medidas cautelares……. 482
3. El contenido de las medidas …….. 485

F. LA EJECUCION DE LA SENTENCIA Y LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES…… 489
1. Condena de hacer……. 490
2. Condena de no hacer…… 492

CAPITULO X. EFECTOS DE LA SENTENCIA EN MATERIA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

A. COSA JUZGADA SUPRAINDIVIDUAL……... 500
1. Cosa Juzgada …… 500
2. Situación doctrinal de la Cosa Juzgada …… 501
a. La Extensión a terceros de la Cosa Juzgada…….. 501
1) El régimen de extensión "secundum eventum litis"…… 503
3. Análisis Crítico…… 505
4. Sentencias de Condena …….. 506
a. Estimatorias: Satisfacción fáctica del interés supraindividual 506
b. Desestimatorias: la pretensión del actor y la pretendida indivisibilidad del interés (y de la acción)……. 507
5. Inexistencia de eficacia "*secundum eventum litis". ……...* 508
6. Sentencias constitutivas y declarativas…….. 509
a. Desestimatorias: eficacia inter-partes…….. 510
b. Estimatorias: eficacia jurídico - material *erga omnes……* 510
7. Efectos de la sentencia …… 511
8. El sistema del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica……. 517
9. Conclusiones…….. 517

CAPITULO XI. CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

A. EXPECTATIVAS EXISTENTES EN TORNO A LA REGULACION LEGAL EN MATERIA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS……. 527
1. Antecedentes……. 528
2. Contenido y Fines …….. 533
3. Legitimación para actuar en el Anteproyecto del Código Modelo de Acciones Colectivas…… 539

B. EL SISTEMA DEL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA…… 541

CONCLUSIONES……….. 547

BIBLIOGRAFIA………..

561

ANEXOS……. 574

AGBG: Ley sobre Normas generales de Contratación “Gezetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungungen

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Code Penal:	Código Penal Italiano.
c.p.c.:	Código de procedimiento Civil italiano, venezolano.
C.E.:	Código de procedimiento Civil italiano, venezolano.
C.E.:	Constitución Española.
Cpp:	Código de Procedimiento Penal italiano.
CRBV:	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
LPCU:	Ley de Protección al Consumidor y Usuario.
LECiv:	Ley de Enjuiciamiento Civil Español.
LGDCU:	Ley General para la Defensa de Consumidores y usuarios.
LCGC :	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
S C:	Sala Constitucional.
T.S.J.:	Tribunal Supremo de Justicia.
T.A.R. :	Tribunal Amministrativi regionali.
UWG:	Ley de competencia desleal, alemana “Gesetz zur Unlauteren Wettbewerb”.
ZPO:	Código Procesal Civil Alemán
Ibídem :	En el mismo lugar
Op. Cit.:	Obra citada

Tablas

Pág.

Cuadro No. 1. Conceptualización Intereses Colectivos y Difusos…….... 102.

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

AREA DE DERECHO

ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

Proceso Jurisdiccional Supraindividual.

Autor: Suher Aboud.
Asesor: Andrés Méndez C.
Fecha: Noviembre 2007.

RESUMEN

A través de la investigación y desarrollo conceptual y doctrinal, se examina la noción de interés que define quienes son partes en el proceso, precisa quien puede ejercer la pretensión procesal y determina el ejercicio de la acción en los intereses de carácter supraindividual tales como los colectivos y Difusos, previstos en el artículo 26 constitucional. La definición y características de estos intereses, se presenta en el marco legal y jurisprudencial orientándose al tema de la legitimación para su actuación con fundamento en el poder de acción de todo ciudadano para acceder a los órganos de administración de justicia en la tutela efectiva de sus derechos, rompiendo así los tradicionales esquemas de la legitimación individual a través de la postulación procesal de un derecho de carácter colectivo o difuso con el fin de exigir la reparación correspondiente cuando existe una lesión a los miembros de una comunidad u organización, o a un número indeterminado de personas. En tal sentido se analiza la suficiencia de los mecanismos procesales existentes en el país y los diversos sistemas procesales a nivel del derecho comparado, así como nuevos modelos propuestos a nivel iberoamericano, con el fin de unificar la multiplicidad de enfoques y sistemas de aplicación normativa. Uno de los aspectos que se resalta es el alcance de la sentencia y su carácter erga omnes, cuando se trata de resarcir los daños ocasionados a una pluralidad de individuos.

Descriptores: acción, interés colectivo, interés difuso, acceso a la justicia, legitimación, mecanismos procesales, ciudadano, Estado democrático y social de derecho, calidad de vida, cosa juzgada, tutela judicial efectiva.

INTRODUCCION

El presente trabajo de Grado abarca el estudio, sistematización y análisis de los Intereses colectivos y difusos como conceptos que gozan de protección jurídica de acuerdo al artículo 26 de la Constitución vigente.

La relevancia que ocupa el presente tema de investigación consiste en el establecimiento de las condiciones de procedencia, así como de la legitimación necesarias para garantizar a todo ciudadano el acceso a la justicia mediante el ejercicio de sus derechos, en especial los colectivos y Difusos.

El artículo 26 de la Constitución de 1999, consagra que “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. [...] .

Esta norma de acceso a la justicia ha sido elevada a la condición de principio fundamental de la estructura jurídica venezolana, instituyéndose como un derecho humano inalienable. Frente a las marcadas desigualdades sociales la garantía de acceso a la justicia, no es sólo una exigencia de justicia social, sino que también es un pilar fundamental para la consolidación de las instituciones democráticas y el eficiente funcionamiento de una economía saludable.

Acceder a la Justicia es el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad (en instancias tanto administrativas como judiciales), la protección de derechos legalmente reconocidos para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas.

En la vida cotidiana muchos ciudadanos enfrentan un cúmulo de obstáculos en su intento de accionar los mecanismos establecidos en el sistema de administración de justicia, o en instancias administrativas, para obtener la tutela respectiva. En algunos casos, ni siquiera se encuentran definidos estos mecanismos o simplemente son inalcanzables para el común de la gente debido a una multiplicidad de factores, haciendo que el texto normativo quede en letra muerta.

Dentro de este juego democrático, se trata de entender el Estado de Derecho como el fundamento de la tutela de los sujetos más débiles y en general de todos aquellos que son titulares de derechos, asegurando la sustancial igualdad de todos los ciudadanos e impidiendo la marginación jurídica.

Es una de las líneas orientadoras de este trabajo, examinar con fundamento en los fines del proceso, iluminados por criterios doctrinales, jurisprudenciales y legales un modelo válido que permita garantizar de manera oportuna e igualitaria el acceso a la justicia de los grupos sin trabas procesales o razonamientos arcaicos que no respondan a las urgencias de nuestro tiempo.

Con el mismo fin, se realiza el análisis de las diferentes instituciones procesales a nivel nacional y del Derecho Comparado que ofrecen

alternativas para una regulación legal y procedimiental que responda a las complejidades de la problemática planteada.

El resultado de la investigación permitirá obtener una visión más clara y acuciosa de los avances y retrocesos experimentados en la materia hasta la actualidad unificando no sólo los aspectos teóricos aquellos de carácter prácticos que se traducen en las herramientas procedimentales para su protección.

La Metodología planteada para la elaboración de la presente investigación es teórica ya que se fundamenta en los estudios que sobre el tema de los Derechos e intereses colectivos y Difusos han realizado tratadistas y doctrinarios nacionales e internacionales. A su vez dicha investigación partirá de la legislación que consagra los referidos Derechos así como la evolución y desarrollo que ha experimentado el tema con la instauración y reconocimiento de los Derechos Humanos pasando por la Constitución de 1.961 hasta la actual Constitución de 1.999.

Lo anterior configura una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una revisión bibliográfica que considera las distintas posiciones doctrinales y el establecimiento de normativas adecuadas para desarrollar el tema en las diversas legislaciones, por lo que la importancia del mismo amerita la presente investigación.

En tal sentido y de acuerdo a los objetivos establecidos, el trabajo será un estudio monográfico a un nivel descriptivo, por cuanto identificaremos elementos y características relativas a la distinción que existe entre Derechos colectivos y Derechos Difusos y la posibilidad de su ejercicio. De igual forma, trataremos de establecer la naturaleza de estos derechos

determinando los elementos que lo componen y ubicándolos en el campo del Derecho material subjetivo.

En el presente trabajo se trata de incursionar en el ámbito de proceso jurisdiccional Supraindividual, ya que se estudian las instituciones que permiten la legitimación de los grupos para acceder a la reclamación de derechos de carácter colectivo y Difuso. Para ello tratamos de partir del origen del problema haciendo seguimiento de su desarrollo procesal hasta la culminación con la Sentencia y sus efectos, así como algunos planteamientos surgidos de la doctrina internacional sobre la regulación normativa de estos procesos de manera común para toda Iberoamérica.

El Cuerpo del Trabajo consta de Once capítulos que se van desarrollando progresivamente de acuerdo a una pauta ordenadora con el fin de ir apreciando los conceptos desde su nivel más elemental hasta el más complejo.

En el **Capítulo I** se examinan los obstáculos para el Acceso a la Justicia de las situaciones jurídicas de relevancia supraindividual, centrando la cuestión en los aspectos jurídicos y procesales de los Grupos para ejercer sus derechos e intereses colectivos y difusos.

Aunque el Acceso a la Justicia de los grupos es un Derecho predominantemente democrático establecido en la mayoría de los países del mundo. Sin embargo, este Derecho en la actualidad se encuentra afectado por la carencia o insuficiencia de mecanismos procesales, así como por la inadecuada interpretación y valoración normativa para flexibilizar la aplicación de instituciones jurídicas que ciertamente permitan dirimir los conflictos grupales.

El acceso efectivo a la Justicia trata de dar una respuesta procesal a los derechos e intereses ejercitados por grupos que, al estar integrados por un número amplio de miembros, suponen un elemento subjetivo difuso del poder de acción.

Si no existe para un ciudadano el poder de ejercer el derecho de acción para reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad (en instancias tanto administrativas como judiciales) la protección de derechos legalmente reconocidos para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas, no existe verdadero acceso a la Justicia, configurándose ésta en el medio necesario para hacer valer estos derechos y la Tutela Judicial efectiva en su objetivo.

En el **capítulo II**, se realiza un análisis de la tutela Judicial efectiva como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Como hemos dicho antes, la Tutela Judicial efectiva es el objetivo fundamental del acceso a la Justicia, para lo cual se accede.

La inclusión de la protección de los intereses difusos y colectivos dentro de las formas de tutela judicial efectiva, obedece a la existencia de una sociedad capitalista moderna, que implica la existencia de grandes componentes económicos que tienen la potencialidad de afectar a un gran número de personas, el reconocimiento de los derechos humanos de tercera generación, que incluyen el derecho al desarrollo, a la paz, al medio ambiente y al patrimonio común de la humanidad y el advenimiento del *Estado democrático y social de Derecho*, el cual obliga al Estado a reconocer y proteger los derechos sociales, democráticos y económicos de la

población, a través del sometimiento del Estado al Derecho, cuya violación puede ser controlada por los particulares Ello implica, a su vez, una transformación del Estado para garantizar derechos tales como la educación, salud, seguridad social.

Es así como pasamos al **Capítulo III**, en el que estudiamos la Socialización de los Intereses Individuales ya que la masificación y complejidad de los fenómenos sociales, económicos y humanos que tienen lugar en la vida moderna, hacen que los mismos afecten, no al individuo aisladamente considerado, sino a colectividades, grupos y categorías de personas, todo lo cual adquiere importancia vital y tiene repercusiones en el campo del Derecho, correspondiéndole a éste dirimir las controversias que se susciten de estas relaciones.

Es así que a través de la historia se puede vislumbrar el largo recorrido que ha realizado el ser humano para el reconocimiento de su personalidad y dignidad. Derechos éstos que en varias generaciones han evolucionado desde el nivel individual, pasando por el colectivo y llegando a los de tercera y cuarta generación, tales como el derecho a la Tutela del Ambiente, el progreso y otros derechos intangibles.

Hoy en día el catálogo de Derechos fundamentales de nuestra Constitución hace énfasis en el carácter colectivo de ciertos derechos de connotación social, en su garantía y protección, lo cual pone en manos de los grupos y comunidades su exigencia cuando existe una amenaza o lesión a los mismos.

Es así que en el **Capítulo IV** estudiamos el Estado de Derecho como marco regulatorio de las relaciones humanas y sociales, de donde nacen los

Derechos e intereses supraindividuales. Revisamos además la opinión de la jurisprudencia venezolana acerca del Estado Social de derecho y su significado.

En tal sentido y para acercarnos al concepto de estado social de derecho y de Justicia, se requerirá un conjunto de estructuras procesales idóneas, distintas a las tradicionales por la novedad de las situaciones planteadas, lo cual conlleva un reto de interpretación y adecuación de las normas existentes con la finalidad de tutelar estos intereses.

Iniciamos el **capítulo V**, ensayando una definición de los intereses colectivos y difusos, partiendo de la noción de Interés y sus distintas clases hasta llegar a las nociones y naturaleza de los derechos supraindividuales que nos presenta la doctrina nacional e internacional.

En el campo de los intereses colectivos y difusos sólo se logró su positivización en la Constitución de 1999, aunque ya venían asomándose en nuestro derecho exigiendo nuevas formas de Tutela desde hace más de dos décadas, lo cual enfoca nuestro estudio en instituciones aún novedosas que han ido gradualmente tomando forma si bien no por vía de regulación legal, si por vía jurisprudencial.

Nos encontramos frente a la emergencia de *"inéditos"* intereses, debido a que estábamos acostumbrados a la protección de intereses (o bienes jurídicos) individuales que, como su denominación lo indica, afectaban al individuo *individualmente considerado*, a intereses que podían protegerse a través del clásico-tradicional sistema del proceso *de dos partes*, donde cada una de ellas busca solucionar "su" problema particular (Morello, citado por Valdivia, 2003, 187-201).

Se sostiene que el ciudadano no requiere tener un interés directo para accionar la protección de estos derechos; si nos basamos en el concepto de interés general y en la noción de bien común, tenemos que lo que afecta a un grupo termina afectando a todos, puesto que es interés de la ciudadanía el mantenimiento del orden y del estado de Derecho, de manera que no lo disminuye en su titularidad sino que lo habilita para ejercerlo en nombre de otros por formar él mismo parte de una sociedad. La contaminación de un río, por ejemplo , no tiene por qué representar una lesión directa a los intereses de algunos ciudadanos, sin embargo , por el valor del bien lesionado, todo habitante se encuentra en el derecho y en el deber de protegerlo a través de los mecanismos procesales idóneos consagrados en la Constitución y las leyes.

En el **Capítulo VI** partimos de la Teoría e la Acción como Poder de instar los órganos administrativos y judiciales con el fin de lograr la tutela de los derechos ciudadanos, para entrar a conocer el tema de la Protección de los Intereses colectivos y difusos.

Nos introducimos así en uno de los temas neurálgicos del trabajo como lo es la ***legitimación*** desarrollada bajo la óptica de los intereses colectivos y difusos en el **Capítulo VI,** tema de singular importancia en el que se analiza su alcance para garantizar la protección debida a grupos más o menos amplios, su regulación normativa en el derecho nacional y el comparado con las diferentes opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre quienes son los legitimados para actuar en defensa de los intereses colectivos y difusos, así como los procedimientos previstos en la legislación para hacerlos efectivos.

En el proceso contencioso existen distintos ***grados de legitimación***, los cuales comprenden: (i) el derecho subjetivo; (ii) el interés legítimo, personal y directo; (iii) el interés simple (en los procesos de nulidad de actos de efectos generales); (iv) el interés de los terceros intervinientes; (v) los intereses plurales; (vi) los *intereses colectivos*; y (vii) los *intereses difusos*.

Una de las principales dificultades a la hora de lograr una tutela efectiva de estos derechos ha sido determinar quién tiene la legitimación para accionar. Al respecto, establece la referida decisión de la Sala Constitucional, que el interés procesal lo tiene cualquier miembro de la sociedad que requiera de la declaración jurisdiccional en beneficio del común.

El proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado. La entrada al mismo viene determinada por alguien a quien se conoce, se personaliza, y sobre el que se proyectan los requisitos de acreditar la pertenencia exclusiva del derecho invocado “legitimación ad causam.”

En cambio, quien demanda por Derechos o Intereses Difusos lo debe hacer a nombre de la Sociedad, y lo hace atendiendo al derecho subjetivo indivisible que comparte con el resto de las personas, o a su interés compartido con la población.

La dificultad radica en saber hasta donde debe arirse el compás de la legitimación en materia de amparo o a través de cualquier otra pretensión para que de manera idónea y con la debida representación se cuestionen asuntos de carácter complejo que afecten un gran núnmero de individuos sea éste determinable o no. Se trata de establecer las mejores formas de

legitimación, para que las acciones de naturaleza colectiva sean intentadas por las personas más representativas.

El Tribunal Supremo (Sentencia 30 de Junio de 2000) parte de la existencia de un derecho subjetivo común en una acción colectiva. Si es un derecho subjetivo compartido no puede autotitularse el derecho del otro sin tener la capacidad procesal de obrar para hacerlo.

Además el alto Tribunal, establece que el criterio de legitimación contenido en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ("interés personal, legítimo y directo") debía ser interpretado en forma amplia, tomando en consideración lo previsto en el artículo 26 de la Constitución, por lo que sólo sería necesario para accionar en el contencioso administrativo, acreditar *interés* (Sentencia TSJ/SPA de 13.04.2000, caso *Banco Fivenez*).

Siendo el problema de los Derechos colectivos y Difusos no de carácter material sino procesal, pues el contenido material de los derechos reclamados es el mismo, la pregunta a la que intentará darse respuesta es: ¿quién puede válidamente representar los intereses de un grupo o colectividad atendiendo al viejo aforismo de que "nadie puede hacer valer en interés propio un derecho ajeno"?

La legitimación de los grupos lleva a que éstos accedan efectivamente a la Justicia para obtener la tutela de sus derechos e intereses a través de los órganos jurisdiccionales. Es así como en la tutela jurisdiccional de estas situaciones jurídicas se ven implicadas las instituciones procesales fundamentales, entre ellas las de capacidad para ser parte y la procesal, la legitimación, la intervención, la acción y la pretensión, la cosa juzgada, las medidas cautelares y la ejecución.

Dentro de este esquema se enfocarán los obstáculos y dificultades que los sujetos afectados de una situación jurídica de alcance supraindividual encuentran para acceder a la jurisdicción, revisando algunos planteamientos elaborados por la doctrina acerca de quienes están legitimados para instar su protección jurisdiccional, cuál puede ser el contenido de las acciones ejercitables en su defensa, qué efectos tendrá la sentencia que en dichos procesos recaiga y los problemas correspondientes a la efectividad de la Tutela jurisdiccional.

En el **Capitulo VII** consideramos la legitimación de los Grupos en el Derecho comparado, analizando los sistemas de países como Italia, Francia, Alemania, Estados unidos, España y Brasil, con el fin de ampliar las perspectivas procesales en la materia, examinando algunas propuestas de utilidad para ser incorporadas en nuestra legislación, especialmente en materias como las de protección al consumidor, reparación de daños y aplicación de mecanismos de sanción a los causantes de lesiones de trascendencia supraindividual.

Por otra parte, surge la necesidad de facilitar un resarcimiento lo más ajustado a las particularidades de cada uno de los afectados, como fundamento básico de toda indemnización, a la vez que se evitarían múltiples procesos y con ello el consiguiente riesgo de sentencias contradictorias. Así mismo, en materia de responsabilidad civil dicha indemnización se vería incrementada al facilitar a aquellos que han sufrido daños de menor cuantía el ejercicio de sus pretensiones de manera conjunta, posibilitando así la reclamación judicial de estas pequeñas demandas al repartirse los costos del proceso, lo cual garantizaría por otra parte un mayor acceso a la Justicia y una más efectiva tutela de sus derechos e intereses.

Con el **Capítulo VIII,** presentamos el tema de la defensa de los Intereses Supraindividuales por los grupos profundizando en la actuación de éstos bajo diferentes formas organizativas y su legitimación para realizar actuaciones válidas, entre las que se mencionan asociaciones de consumidores, gremios profesionales, sindicatos y otros.

La cuestión que se plantea aquí, es si también los grupos pueden incluirse entre los titulares de este derecho fundamental, por lo que la doctrina ha propugnado la necesidad de que la iniciativa procesal no se limite a los intereses individuales, sino que sea posible ejercitar el derecho a la jurisdicción por grupos, sin necesidad de que sus miembros estén afectados en su propia esfera individual y exclusiva. (Stagnan, op. Cit., 119).

Se plantea en este estudio hacer un examen de la normativa existente en el país que prevé la tutela de intereses colectivos y difusos. En materias concretas, durante la vigencia de la Constitución de 1961, la representación de los intereses colectivos y difusos estaba ya contemplada en diversas leyes: la Ley Orgánica del Ambiente de 1976 (Art. 32); la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987 (Art. 102); la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 (Art. 170); el Reglamento Parcial Nº 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre la Participación de la Comunidad (Art. 5); y la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995 (Art. 10 y Art. 151), adaptando la visión de estas leyes a la actual propuesta constitucional e integrándola en los mecanismos procesales existentes.

En el **Capítulo IX,** pasamos a referirnos a los Mecanismos de Protección previstos en la legislación vigente o propuestos por vía jurisprudencial mediante procesos específicos dirigidos a salvaguardar estos derechos. Sondeamos las diferentes pretensiones que pueden configurar estos

intereses, los tipos de procedimientos según el tipo de pretensión, así como los especiales establecidos en diversas leyes, entre los que destacamos el de amparo Constitucional y el procedimiento Común para la Tutela de los Intereses colectivos y Difusos, el papel del Juez y de las partes. Incluimos además la Tutela cautelar y la Ejecución de la Sentencia.

El **Capítulo X,** se encuentra destinado al tema de los efectos de la Sentencia, destacando los diferentes planteamientos existentes en la doctrina en este sentido.

En cuanto a los ***efectos de la sentencia*** en casos de intereses colectivos y difusos, se plantea su alcance, estableciéndose las diferentes posiciones al respecto y su carácter *erga omnes*, en caso de que beneficien o perjudiquen a toda la colectividad en general. Los casos de condena *sin indemnización*, y a quien corresponderá la acción en favor de las víctimas no individualizadas proponiendo que corresponderá a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Público o al particular que la demande.

Finalmente el **Capítulo XI** contempla la propuesta realizada para el Código de proceso Colectivos presentado por un grupo prestigioso de juristas iberoamericanos. En él se analizan la utilidad y vigencia de las propuestas planteadas.

La protección de los Intereses supraindividuales nos lleva necesariamente a la tutela judicial de los intereses colectivos y difusos, siendo parte fundamental de esta tutela judicial efectiva la garantía de Acceso a la Justicia que permite la entrada al proceso y la defensa de las situaciones jurídicas vulneradas que requieren de restablecimiento.

Sin embargo, la concepción tradicional de los Derechos subjetivos presenta una crisis a partir del proceso de socialización que ha caracterizado los últimos tiempos, siendo una de sus principales manifestaciones la aparición de los intereses supraindividuales (colectivos y difusos) cuyo nacimiento, consideración y evolución se produce a partir se la insuficiencia de la definición de los derechos subjetivos como únicos dignos de protección (Gutiérrez, 1999, 48).

De todos los sistemas procesales revisados surgen siempre puntos comunes entre los cuales se encuentra el reconocimiento de la existencia de nuevas situaciones que requieren tutela urgente y la insuficiencia de los sistemas procesales existentes para ello. De igual modo –y es el camino esperanzador- vemos como se han realizado verdaderos esfuerzos por darle forma en mayor o menor medida en cada país a un sistema que contemple la tutela judicial efectiva de los mismos.

Nuestra intención es tan sólo la de presentar una perspectiva de los intereses colectivos y difusos en nuestro Sistema y el derecho comparado, sin tener quizá todas las respuestas, más sí dejando algunas inquietudes que nos permitirán profundizar aún más en temas futuros. Su finalidad es despertar el interés en esta materia para que entendiendo cada vez más su complejidad garanticemos su eficaz tutela.

CAPITULO I

EL MOVIMIENTO DE ACCESO A LA JUSTICIA

El acceso a la Justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos a todos por igual. Cuando otros derechos son violados constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley.

En Venezuela, la Constitución no sólo consagra este derecho, sino que se reconocen expresamente los Pactos y convenios internacionales que garantizan su pleno ejercicio.

El acceso a la Justicia consideran Birgin y Kohen (2006, 2) para defender los derechos y ejercer libertades es el principal derecho –el más importante de los derechos humanos- en un sistema legal moderno e igualitario, que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar los derechos de todos. Así lo considera la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH) al establecer que los estados tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta jurídicamente el poder público para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Si una persona pretende ejercer el derecho que las convenciones les garantizan y por su posición económica está imposibilitada de pagar la asistencia legal o los costos del proceso queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la Ley.

Como todo derecho, el acceso a la justicia requiere un sistema de garantías que posibilite su pleno ejercicio y supone la consideración de obligaciones que comprometen a los demás poderes del estado.

Desde hace algunos años se percibe un creciente interés por estudiar y debatir acerca de las dificultades que parte de la población enfrenta para acceder a la justicia. En algunos ámbitos académicos, profesionales, gubernamentales y de la sociedad civil se han organizado acciones y proyectos tendientes a mejorar la situación de aquellos que enfrentan limitaciones para ver materializada la garantía de igualdad ante la ley, ya que según opinión de Gherardi (2006, 3), "los ciudadanos no son sustantivamente iguales a menos que cuenten con similares recursos al momento de hacer valer sus derechos ante los tribunales de justicia".

1. Concepto de Acceso a la Justicia

Para Gherardi (op.cit. 3) partiendo del clásico estudio de Cappeletti y Garth, que reconocen una dimensión normativa (el derecho igualitario de todos los ciudadanos a hacer valer sus derechos legalmente reconocidos) y una dimensión fáctica del concepto (referido a los aspectos procedimentales para asegurar el ejercicio del acceso a la justicia), el acceso a la justicia es el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad la protección de un derecho legalmente reconocido. Esto implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para

resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas.

Bajo el concepto de acceso a la justicia pueden debatirse la existencia de acciones, estrategias, métodos, procedimientos e instituciones tan diversas como la creación de un servicio público a cargo del Estado, la formación jurídica de la población en cuanto a los derechos que la ley les reconoce y la forma de hacerlos efectivos, la responsabilidad social de los profesionales del derecho, que generalmente detentan el monopolio del acceso a los procesos judiciales, métodos para enfrentar obstáculos y dificultades propias de ciertos grupos a través de la creación de organismos especializados o la forma de superar el problema de las distancias geográficas, por ejemplo, a través del uso de herramientas tecnológicas, o la creación de instancias idóneas, más cercanas a la población. Y de manera principal e ineludible, la reforma del poder judicial como estrategia esencial para mejorar el acceso a la justicia de una comunidad.

Lo cierto es que el problema del acceso a la justicia no puede entenderse sino con referencia a un conjunto de elementos y atendiendo las necesidades e intereses de una gran variedad de actores involucrados.

Desde este punto de vista, una definición tentativa de acceso a la justicia seria el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad (en instancias tanto administrativas como judiciales) la protección de derechos legalmente reconocidos para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas.

Para Stagnan (1995, 187), el acceso efectivo a la Justicia se trata de dar una respuesta procesal a los derechos e intereses ejercitados por grupos que, al

estar integrados por un número amplio de miembros, suponen un elemento subjetivo difuso del poder de acción.

Acceder a la justicia implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser inicialmente percibida como un problema en un cuestionamiento jurídico. Esto requiere de varias etapas2: (i) reconocer la existencia de un problema; (ii) identificar ese problema como uno de naturaleza jurídica; (iii) identificar la persona (pública o privada) responsable de haber causado el problema o que hubiera incumplido su obligación de contribuir a resolverlo; (iv) convertir el problema en una demanda o reclamo ya sea judicial o administrativo; (v) sostener el proceso que se inicia como consecuencia de la eventual judicialización del problema con todo lo que ello implica: seguir, instar, monitorear el proceso con la ayuda profesional que fuera necesaria; y (vi) una vez lograda la decisión judicial o administrativa perseguida, deberá hacerse efectiva la resolución judicial o la decisión administrativa.

Desde una concepción amplia, Gherardi (op.cit. 5) reconoce tres aspectos diferenciados aunque complementarios entre sí del acceso de la justicia:

a) **El acceso propiamente dicho**, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial.
b) **La posibilidad de lograr un buen servicio de justicia,** es decir, no sólo llegar al sistema sino que éste brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial.
c) Por ultimo, y en forma necesariamente complementaria de los aspectos anteriores, el **conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios** para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente **la conciencia del acceso a la**

justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.

Aunque el Acceso a la Justicia es un Derecho predominantemente democrático establecido en la mayoría de los países del mundo. Sin embargo, este Derecho aún en la actualidad hace falta que supere la letra de la Ley y se convierta en una garantía efectiva para la tutela de los derechos de los ciudadanos.

Claudio Osorio (2005), en el 1er Foro Iberoamericano para el Acceso a la Justicia, consideró que en los últimos años el concepto de acceso a la justicia se ha ampliado, entendiendo la igual protección de los derechos ciudadanos como una noción que no se restringe únicamente al adecuado ejercicio de éstos ante los Tribunales de Justicia, sino también a la Prevención y Promoción de Derechos, la Solución de Conflictos, la Revisión y Propuesta de las Actuaciones Públicas mediante Acciones de Interés Público y Propuestas Legislativas, entre otras. Se trata en fin de desarrollar acciones para fortalecer el acceso a la justicia, con el objeto de sensibilizar y difundir políticas que tiendan a instalar las diversas formas de intervención.

2. El Acceso a la Justicia en el ordenamiento jurídico venezolano.

La Constitución de 1.961 ya contemplaba este derecho en su artículo 68 al establecer que “todo ciudadano podría utilizar los órganos de administración de Justicia para la defensa de sus derechos e intereses”; estableciendo el acceso a la Jurisdicción como derecho fundamental de los ciudadanos.

Resulta curioso señalar que dicho artículo 68 mantenía un parecido en su estructura con el artículo 24 de la Constitución española de 1978 al establecer:

> "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".

Ya para el año 1.999 en la Nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se desarrolla con mayor amplitud el concepto de "acceso a la Justicia" añadiendo además del acceso a la Jurisdicción el reconocimiento expreso de los "derechos e intereses, colectivos o difusos". Su consagración aparece en los artículos 26 (Derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva), 280 y 281 (atribuciones de la Defensoría del Pueblo).

La protección de los derechos ciudadanos que se incluye por mandato legal del artículo 26 de la vigente Constitución para la tutela judicial de Intereses individuales, colectivos y difusos, desarrolla y amplía el artículo 68 de la anterior Constitución al utilizar el término "Acceso a la Justicia" de manera expresa; concepto éste que se refiriere no sólo al acceso a la jurisdicción como forma de tutelar derechos sino también a los procesos de carácter administrativo y/o alternativo que así lo permitan, ensanchándose de esta manera el espectro de los principios y mecanismos que permiten la entrada al proceso y la defensa de las situaciones jurídicas vulneradas que requieren de tutela y restablecimiento.

La posibilidad de acceso a la Justicia recogida en la normativa venezolana toma como base principios contenidos en la Declaración Universal de los

Derechos Humanos y Pactos internacionales, adecuándolos y concordándolos con la norma constitucional.

En lo últimos años ha obtenido mayor relevancia la garantía de Acceso a la Justicia como mecanismo objetivo y equilibrado para combatir injusticias y arbitrariedades, dándosele el lugar que realmente le corresponde para hacer eficaz el sistema de Derechos de una sociedad el cual descansa en los mecanismos de justiciabilidad de los mismos.

Toda Constitución democrática debe prever mecanismos y medios perfectamente establecidos en la Ley para dirimir conflictos cuyo único fin sea el de tutelar derechos de la sociedad como garantía de permanencia dentro de un estado de Justicia y de Derecho.

Sin embargo, no ha sido suficiente el reconocimiento y consagración de estos derechos a nivel normativo, ya que existen otros elementos que condicionan y limitan el efectivo acceso a la justicia de los ciudadanos en defensa de sus derechos e intereses colectivos y Difusos.

Se trata de entender el Estado de Derecho, no como juego de las reglas formales de la democracia, sino como el fundamento de la tutela de los sujetos más débiles y, en general de todos aquellos que son titulares de derechos, asegurando la sustancial igualdad de todos los ciudadanos y de impedir la marginación jurídica.

El acceso a la justicia está claramente delineado en la normativa constitucional, elevándola a la condición de principio fundamental de la estructura jurídica venezolana, e instituyéndola como un derecho humano inalienable. Sin embargo, en la realidad plagada de desigualdades sociales, económicas y educativas, se refleja un desequilibrio de poder que limita el

acceso a la justicia y eso conduce a la deslegitimación del Estado de Derecho. Esta carencia de justicia social, unida a la creciente desconfianza en jueces y abogados, mina la legitimidad del Estado de Derecho y socava las instituciones democráticas. De manera pues, que la garantía de acceso a la justicia, no es sólo una exigencia de justicia social, sino que también es un pilar fundamental para la consolidación de las instituciones democráticas y el eficiente funcionamiento de una economía saludable (Molina, 1999).

3. Dificultades para el Acceso a la Justicia de los intereses colectivos y difusos.

En la actualidad, y debido a la complejidad de relaciones sociales existentes se encuentran obstáculos, condicionamientos y barreras que alejan al ciudadano de la justicia, impidiendo el efectivo ejercicio y vigencia del derecho de acceso a la justicia, sin trabas y en condiciones de igualdad, y por consiguiente del derecho a una tutela judicial efectiva, ante la inadecuación de las estructuras procesales tradicionales para dar acogida a los intereses colectivos y difusos.

Facilitar el acceso a la justicia de los intereses difusos y colectivos no es cosa fácil, en especial si se toman en cuenta las dificultades presentadas debido a la indeterminación de los titulares del interés o en todo caso a la multiplicidad de sujetos que postulan una acción para acceder a un proceso jurisdiccional . Se nos plantea por tanto, como uno de los problemas fundamentales la siguiente pregunta: ¿Quiénes están legitimados para instar la protección jurisdiccional de estos derechos? Entran además como materia de Protección de los intereses colectivos y difusos, el contenido de las

pretensiones, los efectos de la sentencia que recaiga sobre estos procesos y la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Si partimos del hecho que la protección de toda situación Jurídica ha de desarrollarse en un plano doble: el sustantivo y el procesal, entendemos la necesidad no sólo de que exista un derecho tutelable consagrado en una norma jurídica, sino también los mecanismos procesales idóneos a los efectos de hacer efectiva la tutela ya prevista normativamente, de manera que sea ejecutado el derecho eficazmente. De esta manera aparece el proceso como instrumento de la Tutela Judicial efectiva.

En este sentido, podemos definir el proceso como una serie de actos, tendientes a la tutela, aplicación o realización del derecho en un caso concreto; es el instrumento por medio del cual los órganos jurisdiccionales cumplen la función de actuar el derecho objetivo en cada caso singular.

Recordando las palabras de Carnelutti (1946, citado por Ortiz, 2004, 33) “el proceso es el derecho que se hace, el derecho es el proceso que se ha hecho: *hacerse,* pues, y *hecho.*” Es así como el proceso debe ir de la mano de la jurisdicción y de la acción. Si la acción procesal se define en función de la jurisdicción ya que sólo podemos hablar de acción cuando se acude ante los órganos jurisdiccionales, igualmente podemos decir del proceso judicial, que es cuando alguien acude a los órganos jurisdiccionales y éstos se pronuncian en torno a la petición. La puesta en contacto entre la acción de los justiciables y la jurisdicción del Estado genera la presencia de un proceso (Ibid., 37).

Contemplando el proceso como instrumento por medio el cual el justiciable ejerce su derecho a la tutela jurisdiccional podría hablarse de tutela declarativa, ejecutiva y cautelar.

Los principales problemas a la hora de favorecer el acceso a la justicia para los que proponen la pretensión en materia de intereses colectivos y difusos, viene dada por el escaso desarrollo tanto del aspecto sustantivo como del procesal. A este respecto Gutiérrez (Op.Cit., 119) nos explica la necesidad de crear, reformar y mejorar el abanico de posiciones de ventaja reconocidas por el derecho material a los sujetos jurídicos y, por otra parte crear paralelamente un sistema de protección que haga eficaz el ejercicio y defensa de esas posiciones de ventaja en el caso de que se vean vulneradas.

En un primer momento, tanto en Venezuela como en distintos países, el sistema jurídico no reconoció de manera expresa la tutela de estos derechos e intereses colectivos y difusos y menos aún se encontraba definido un procedimiento a través del cual su protección fuera efectiva para quienes plantearan estas acciones, presentándose un panorama confuso en cuanto a los mecanismos idóneos que lo hicieran posible. No obstante, a nivel jurisprudencial estos intereses se abrieron paso, anclados en los derechos humanos fundamentales, impulsados por las exigencias sociales, la masificación de los servicios, la colectivización de los intereses, hasta ser concretados en la norma del artículo 26 constitucional. Aún en la actualidad el tema recién comienza a discutirse y a entenderse en toda su complejidad disgregándose en variadísimas situaciones de carácter supraindividual y entrando en la cuenta de la insuficiencia de mecanismos existentes para abarcarlas con el fin de garantizar su protección adecuada, debido al desajuste existente entre el derecho material y el derecho procesal.

En general, la doctrina se encuentra de acuerdo en relación a la existencia de obstáculos que impiden el efectivo acceso a la Justicia de los intereses supraindividuales que señalamos a continuación:

a. La inadecuación de las estructuras procesales tradicionales

A pesar de que estos derechos en la actualidad se encuentran jurídicamente protegidos, en el ámbito procesal gran parte de las instituciones jurisdiccionales, especialmente las civiles, están puestas al servicio de la tutela de los derechos e intereses individuales ya que su tutela se sustrae a los esquemas procesales tradicionales, especialmente en lo referente a las reglas sobre legitimación y eficacia de la sentencia.

Por su parte Gherardi (Op. Cit., 6) también hace una relación de las principales dificultades que se presentan para acceder a la Justicia entre los cuales señala:

- Los *costos económicos* de la contratación de un abogado, el pago de las tasas judiciales y el acceso físico a los tribunales, que normalmente tienen horarios acotados de atención al publico (incompatibles con la jornada de trabajo) y se encuentran apartados de la mayor parte de la población que deberían servir;

- *Falta de información* sobre los derechos y los procesos e instituciones disponibles para su ejercicio;

• *Corrupción judicial*, percibida por la población y que se traduce en desconfianza del poder judicial, en la convicción de que sólo las personas adineradas pueden "asegurarse" un proceso exitoso;
• *Formalismo* excesivo en los procesos, que se acompaña de un lenguaje diferente y específico, que resulta lejano y desconocido para la generalidad de las personas;

• *Miedo* y *desconfianza* en el sistema judicial, consecuencia del miedo y la desconfianza generalizada en las autoridades e instituciones públicas, a cuyo abuso los pobres se sienten tristemente acostumbrados;

• *Demoras* en los procesos, cuya duración no hace sino incrementar los costos involucrados;

• Causas *geográficas* que, particularmente en las poblaciones rurales o en las grandes extensiones urbanas, derivan en la imposibilidad de las personas de acceder a los edificios de justicia o a las oficinas donde se brindan servicios jurídicos.

Desde otro punto de vista, los obstáculos pueden ser operativos cuando dificultan la efectividad y eficiencia de la justicia, o estructurales cuando están relacionados con aspectos que hacen a la organización misma de la sociedad. Entre los primeros, se encuentran la ausencia de una organización centralizada de servicios jurídicos que permita el uso racional de los recursos disponibles; el incremento en el número de personas en condiciones de pobreza que requieren de servicios de asistencia jurídica mientras que el financiamiento y los demás recursos dispuestos para esto no han sido incrementados al

mismo ritmo; la falta de una visión comprensiva de las necesidades de las personas por parte de los prestadores de servicios existentes, que se concentran en determinados derechos (discriminación, violencia sexual, derechos del trabajo, asuntos de familia, asuntos penales) en lugar de considerar a la persona en su conjunto; la calidad de los servicios y el costo de los procesos, particularmente antieconómico en los asuntos de menor cuantía.

La percepción del poder judicial como un sistema ajeno a la población (sus edificios se encuentran en lugares alejados de la mayor parte de la población que deben servir, su estructura edilicia y el lenguaje que allí se utiliza resulta de difícil comprensión para el común de las personas) constituye una de las principales dificultades estructurales para el acceso a la justicia. Las personas cuyo acceso se ve restringido se encuentran generalmente en una situación de vulnerabilidad que excede la falta e acceso a los tribunales (por ejemplo, temen que su reclamo al Estado comprometa otros beneficios sociales de los que gozan; si necesitan protección por agresiones físicas de sus parejas, temen perder su vivienda y fuente de manutención). La falta de conciencia de las personas respecto de sus derechos legales y de su derecho a reclamar su ejercicio coarta su posibilidad de acceso (las personas difícilmente piensen su realidad cotidiana en términos de violación a sus derechos).

Por otra parte, la contratación privada de servicios jurídicos es onerosa en la mayoría de los países, de modo que se encuentra fuera del alcance de sectores importantes de la población. Aún en los países desarrollados, la creciente desigualdad entre los sectores

En nuestro país, las estructuras procesales aún no se encuentran totalmente adecuadas para la protección de estos intereses aún cuando existe el reconocimiento legislativo para su protección. Por una parte, los ciudadanos no se encuentran en pleno conocimiento de sus derechos y si lo están no conocen los mecanismos procesales e institucionales para hacerlos valer. Por otra parte, no existe muchas veces, la respuesta jurisdiccional adecuada o como Gutiérrez (Op. Cit., 126) las estructuras procesales para facilitar la debida protección a estos intereses supraindividuales.

b. Condicionamientos fácticos.

En el ámbito *económico,* las situaciones jurídicas de alcance supraindividuales, así como los perjuicios sufridos pueden ser de poca cuantía desde el punto de vista individual, produciéndose un desproporción entre los gastos que genera el proceso y la cantidad que puede reclamarse o ser resarcida, lo cual no compensa el costo de la demanda favoreciéndose así el desistimiento de la acción o inutilidad de la misma. Ello genera un profundo desnivel entre el sujeto dañado y la entidad responsables del daño. Sin embargo, estas mismas causas que consideradas individual y aisladamente no revisten fuerza alguna, siendo muy numerosas una vez agrupadas tienen una fuerza y configuración mayor, por lo que el elemento patrimonial en conjunto resulta ser de mayor alcance. De igual forma el costo de los Honorarios de abogados constituye un factor primordial, así como los largos juicios que encarecen los servicios contratados y los gastos del juicio.

Se han planteado diversas fórmulas para superar este obstáculo como lo son la justicia gratuita, la exoneración de gastos judiciales, supresión de tasas, aranceles judiciales, abreviación de los procesos y simplificación de los trámites procesales, juicios orales y nombramiento de defensores de oficio. Por otra parte, se han desarrollado instancias previas de carácter administrativo que permiten dar respuesta más rápida y efectiva a la resolución de conflictos evitando que lleguen a la sede jurisdiccional, descongestionando así los tribunales en parte, y haciendo que lleguen los casos que ameritan respuesta judicial; tal es el caso de los órganos administrativos de protección en materia de niños, niñas y adolescentes (Consejos de Derechos, Consejos de protección del niño, niña y adolescente); que siendo organismos de carácter Público, permiten la gestión, trámite y proceso de las causas facilitando el acceso a la Justicia.

Sin embargo, no obstante los esfuerzos legislativos para la implementación de mecanismos que faciliten el acceso a la justicia, en la práctica se siguen dando en importante cantidad los casos en los que el ciudadano se enfrenta a éstos obstáculos, permaneciendo aún muchos sectores lejos de las instancias administrativas y jurisdiccionales para obtener una tutela efectiva de sus derechos, debido a diversos motivos de carácter socio-económico y cultural.

Una segunda clase de condicionamientos económicos se refieren a la *cuantía* limitando el acceso a la justicia para aquellas causas cuyo monto no alcance la cuantía mínima establecida en la norma. En el caso de los intereses supraindividuales, aún cuando el monto a reclamarse por el daño individual sea pequeño, por lo numeroso de grupo, éste podría elevarse a una mayor cuantía. De manera que tomando en cuenta la suma global de los daños y no los daños considerados individual y aisladamente, si los mismos

han sido producidos por un mismo hecho y tienen un contenido homogéneo, lo cual atiende a la dimensión y relevancia social de estas situaciones. Se ayuda por otra parte a evitar la multiplicación de causas de poca cuantía que verían limitadas sus posibilidades de acceder a la jurisdicción.

Otra causa que limita el acceso a la Justicia es la *cultural,* debido a la poca o insuficiente información de los ciudadanos en relación a sus derechos y obligaciones. Gutiérrez (Op. Cit. 124) apunta al lenguaje jurídico, a la insuficiencia o difícil accesibilidad de las diversas instancias o servicios de consulta jurídica que pueden ofrecer esa información. Ello implica que muchas veces las instituciones no adecuan sus estructuras para acercarse a la población más alejada de las grandes ciudades o en condiciones más vulnerables, haciendo imposible en la mayoría de los casos que éstos puedan acceder de manera efectiva a la justicia; comenzando por el hecho del conocimiento como primer paso de apropiación de esos derechos para luego judicializarlos.

En Venezuela, el mismo Sistema de Administración de Justicia se encuentra concentrado en las zonas de mayor afluencia de la población, haciendo que en muchos casos los ciudadanos pertenecientes a los pueblos fronterizos o alejados, poblaciones indígenas y campesinas, tengan que trasladarse hasta la capital recorriendo un trayecto de cientos de Kilómetros para acceder a los Tribunales u otras instancias administrativas que den respuesta a sus necesidades.

Uno de los casos que llama la atención, por la naturaleza de los derechos que se encuentran involucrados, son los que corresponden a los Pueblos y Comunidades Indígenas de los diversos estados del país. Entre ellos los Estados Amazonas y Bolívar, que por sus características geográficas y gran

extensión territorial, asientan poblaciones situadas a grandes distancias, con poca accesibilidad a los poblados indígenas a los cuales sólo se puede llegar en ocasiones por vía aérea y fluvial, siendo éstos pueblos los que presentan mayor problemática en esta materia. Las excesivas distancias y situación geográfica encarecen los servicios de transporte, lo cual hace prácticamente imposible acceder de una manera regular a las zonas más pobladas, debido a los escasos recursos con los que cuentan las poblaciones indígenas.

c. Condicionamientos jurídicos

La filosofía e ideología jurídica del individualismo liberal tiene incidencia sobre el sistema de tutela jurisdiccional e influye en las instituciones procesales del momento. Ejemplo de ello es la teoría de la acción jurisdiccional elaborada en el siglo XIX que obedece a la concepción liberal e individualista de la época.

La división entre lo público y lo privado trae como consecuencia que el proceso se piense para tutelar situaciones privadas individuales, siendo la parte legitimada el sujeto privado titular de las situaciones jurídicas derivadas del juicio. En el caso de tutela de un interés público como el Penal o supuestos excepcionales del proceso civil la legitimación para el ejercicio de la acción le corresponde a un representante público como defensor del interés general o del interés público.

Aún cuando comienza a aceptarse la justiciabilidad de las situaciones jurídicas colectivas y difusas, ésta se ha colocado dentro de unos límites que

reflejan los esquemas de la separación tradicional de lo público y lo privado. Así lo expresa Capelletti (1978, 13) cuando afirma:

> se considera así justa parte legitimada para accionar o al individuo directamente perjudicado por un acto que lesione un interés colectivo en cuanto agente para obtener la reparación, si bien sólo del daño sufrido por él personalmente o, en determinados casos, al Estado y en concreto al Ministerio Público, en cuanto agente general de la comunidad.

Sin embargo, debemos precisar que esta idea incurre en errores, puesto que el interés colectivo es un interés común y *solidario* de un grupo de personas que puede ser tutelado y satisfecho por la acción de uno de los sujetos perjudicados, pues la decisión de condena (a la cesación de una actividad perjudicial, a la reparación del daño causado) beneficia a los demás sujetos afectados. En consecuencia, si se trata de un interés colectivo, no es posible limitar el resultado de la reparación a uno sólo de los perjudicados personalmente; si la reparación del daño o la satisfacción es limitada, nos encontraremos en realidad ante derechos individuales, aunque plurales y conexos, por lo que no es correcto en ese caso la utilización del concepto de interés colectivo (Gutiérrez, 1999,129).

Otros autores como Zanuttigh (citado por Gutiérrez, Op. Cit.,130) opinan que los obstáculos jurídicos que se han opuesto a la posibilidad de tutelar en juicio intereses no exclusivamente individuales es la interpretación puramente privada de las categorías del interés y de la legitimación utilizadas como elemento para excluir a priori la proponibilidad de la acción, cuando el interés que se pretende lesionado no sea atribuible al actor a título personal y exclusivo o cuando el actor mismo no se afirme único titular de aquél, sino que reconozca abiertamente la propia identidad de legitimación respecto a la

entera colectividad caso al que debe añadirse el de la identidad respecto a un grupo o categoría de personas(Op. Cit., 130).

Los obstáculos que se presentan frente al ejercicio de la Tutela Judicial efectiva en la protección de los intereses de grupo tienen que ver con la heterogeneidad como característica básica de estos intereses, lo cual afecta también los mecanismos para su protección, de modo que las dificultades para su acceso a la jurisdicción les afecta de diferente modo.

En opinión de Bujosa (Op. Cit., 120), los intereses de grupo que se refieren a objetos indivisibles susceptibles de apropiación exclusiva y cuyo disfrute por un miembro del grupo no excluye a los demás, tiene el problema de su poca aprehensibilidad y su difícil atribución individualizada a los ciudadanos, lo cual choca con el marcado carácter individualista de las instituciones procesales y sobre todo de las exigencias de legitimación. Es el caso de los daños ambientales en donde resulta sumamente difícil justificar lesiones individualizadas, sobre todo de carácter económico.

En el caso de que se trate de intereses de grupo en cuyo caso existan posiciones individuales, pero de contenido homogéneo, se presenta una situación de debilidad de los sujetos afectados frente a grandes empresas o administraciones públicas, responsables de la amenaza o perjuicio (Op. Cit.120).

Además, alude Bujosa a la existencia de un problema previo: la frecuente ignorancia de la ley, tanto material como procesal. Es posible que la persona afectada por la lesión o amenaza de su derecho o interés no sea consciente de la misma por desconocer lo que establece el ordenamiento jurídico a ese

respecto y cómo puede hacerlos valer ante los tribunales, o incluso conociéndola no esté dispuesto a afrontarla (op. Cit.123).

Stagnan (Op. Cit.,189) se refiere a estos obstáculos, considerando que la concepción del proceso y de la Justicia deben adaptarse a las necesidades sociales de Tutela colectiva, no sólo venciendo los condicionantes internos, como la duración y gastos del proceso, o la efectividad de las resoluciones judiciales, sino de manera especial reformulando el concepto tradicional de legitimación el cual resulta insuficiente. Por otra parte, la indeterminación que el grupo plantea, dificulta establecer el elemento subjetivo del poder de acción y este elemento es fundamental, no solo para la validez de la acción sino para la existencia del proceso, ya que sin sujeto aquel no puede sustanciarse. Opina este autor que se trata de obtener no sólo la tutela de los intereses difusos sino la de sus grupos exponenciales. Sin olvidarse de que cuando se habla de interés difuso, este carácter debe predicarse del sujeto, no del objeto. El interés en sí mismo, siempre será concreto pues si no, difícilmente se podría intentar su tutela jurídica por el proceso.

En general han sido puestas de relieve por la doctrina la insuficiencia del sistema de Tutela, subrayándose la fragmentariedad de las iniciativas de los particulares y por ende la contradicción entre el carácter “colectivo” de los intereses a tutelar y el carácter “atomizado” de la acción intentada. Las temáticas como las del ambiente y las del consumidor han sacado a la luz la insuficiencia y la inadecuación de la acción del particular para la tutela de intereses que trascienden la esfera individual, solicitando la búsqueda de nuevas vías aptas para facilitar o hacer posible su realización.

La atomización y desarticulación de los intereses afectados contrasta con la tendencia necesariamente colectiva de la actuación de los infractores que

producen la lesión de dichos intereses, por lo que se ha hablado de la necesidad de concebir instrumentos de tutela efectiva.

3. La necesidad de nuevos mecanismos y técnicas procesales

Como conclusión de lo anterior la doctrina ha considerado la necesidad de adoptar nuevos instrumentos, mecanismos o técnicas en el sistema de protección jurisdiccional que permita el acceso a la jurisdicción y la Tutela Judicial efectiva de estos intereses, de otra manera, se corre el riesgo de que lo establecido en la legislación material se quede en simples declaraciones y su protección sea insuficiente.

El movimiento de Acceso a la Justicia (access to justice a pproach), desarrollada a partir de la década de los sesenta en los países anglosajones se ha empeñado en alcanzar la eficaz tutela de los derechos logrando incidir especialmente en el tema de los intereses colectivos y difusos.

Se discute si estos nuevos derechos reclaman la creación de nuevos modelos procesales o una aplicación extensiva de los instrumentos existentes que resulten idóneos y desde otros puntos de vista se plantea si es más bien un problema normativo o de interpretación. Rodota (1976, 335) se refiere a esta cuestión cuando comenta que aunque las dos vías no deberán excluirse mutuamente, de *iure conditio* debe extraerse la máxima potencialidad a los instrumentos que el ordenamiento ha puesto ya a disposición del justiciable y de *iure condendo* habrá de esperarse un desarrollo normativo más nítido y articulado de los instrumentos y mecanismos precisos para una defensa eficaz de estas posiciones jurídicas.

Las implicaciones procesales de la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales inciden sobre institutos como el de la legitimación, las concretas acciones ejercitables, la eficacia de la sentencia y sus límites subjetivos, la ejecución, las medidas cautelares, aunque también y como consecuencia de ello en otros muchos.

La insuficiencia e inadecuación de los sistemas procesales y la necesidad de adoptar nuevos mecanismos de protección en relación a los intereses colectivos y difusos ha llevado a que se sugiera la instauración de mecanismos alternativos de justicia, influenciados por los ADR -*Alternative Dispute Resolution Procedures*- (procedimientos alternativos de resolución de conflictos) de Estados Unidos. Sin embargo, la admisión de órganos no jurisdiccionales de conciliación o arbitraje y el recurso a ellos ha de considerarse como "alternativos" en el verdadero sentido de la palabra, puesto que son voluntarios y no pueden plantearse como vía exclusiva, obligatoria para los justiciables, puesto que en algunos casos, podrían agravar la situación de aquellos que vean excluidos gran parte de sus derechos del control y de la vía jurisdiccional. Esta solución la otorga nuestro ordenamiento, como consecuencia del derecho al juez ordinario.

En nuestro país los mecanismos alternativos de Resolución de Conflictos han sido instaurados con moderado éxito a través de la Justicia de paz y en Organizaciones de carácter no gubernamental. De igual forma, algunas leyes orgánicas como la de Protección del Niño, Niña y adolescente han incorporado mecanismos y procedimientos como la conciliación a través de organismos de carácter administrativo (Defensorías del niño, Consejos de Protección del Niño y adolescente), previos a la instancia judicial, con el fin de dar solución a conflictos y evitar la judicialización de los mismos.

Igual destino han tenido algunas leyes como las de arbitraje comercial, entendiéndose que el legislador ha querido instaurar órganos no jurisdiccionales de naturaleza pública, con funciones de conciliación y arbitraje. Tanta importancia se ha concedido a estos mecanismos que se han incorporado incluso dentro de los procedimientos judiciales (caso juicios de obligación alimentaria, régimen de visitas, divorcio, guarda, patria potestad, etc.), quizá sin percatarse que en algunos casos no se justifica el carácter especialísimo de esta figura, que son procedimientos de naturaleza distinta (pudiera entenderse que de carácter excluyente) pues se encuentran imbuidos en un proceso de carácter contencioso, siendo de naturaleza esencialmente disponible .Así mismo, deberá tenerse cuidado en esta materia principalmente de orden público pues a través de la conciliación se podrán llegar a acuerdos sobre la forma, alcance, potenciación o perfeccionamiento de las instituciones previstas en la ley, pero nunca se podrán realizar convenios que impliquen una modificación de fondo del estado y capacidad de las personas o la violación de un principio o un derecho (Carrillo, 2001, 201).

Por su parte Bonet (1990, 27) califica de “preocupante” el hecho de que por considerar que la “Jurisdicción con sus procesos, es insuficiente para resolver los conflictos surgidos en esta materia, se hará preciso acudir a otros procedimientos equivalentes, ya sea en el área administrativa, con resoluciones capaces de obligar a los implicados o ya sea en el área del arbitraje corporativo institucional”. Por eso, es preciso acometer la reforma tomando como punto de partida inmodificable los principios naturales de la Jurisdicción y su actividad: el proceso.

La falta de acceso a la justicia ocasiona que los sectores de menores recursos, que ven vulnerados sus derechos a diario, no obtengan una

respuesta institucional satisfactoria. De modo que subsiste la vulneración de sus derechos y persisten los conflictos en su medio social. Esta situación aumenta su desconfianza en las instituciones, lo cual refuerza su falta de participación activa en los mecanismos públicos dificultando la consolidación de un régimen democrático.

En definitiva, esta falta de acceso a la justicia, por vía de la lesión de derechos fundamentales, y por el escaso uso de instancias institucionales de participación ciudadana termina debilitando el Estado de derecho y el sistema democrático.

Mientras tanto en muchos países de Latinoamérica, tales como Argentina, Colombia, Venezuela, México, Perú y otros, se ensayan a través de organizaciones civiles y eclesiales proyectos para mejorar el acceso a la Justicia de las comunidades.

Esta iniciativa propone la creación de centros de Acceso a la Justicia en las zonas más pobres , siendo su principal objetivo generar mecanismos para la solución de conflictos de la comunidad: a) brindando asistencia jurídica gratuita y canalización efectiva de consultas a redes de abogados voluntarios, b) desarrollando mecanismos institucionales de exigibilidad de derechos a través de casos paradigmáticos de interés público en colaboración con distintas universidades, y c) promoviendo el desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Dada los inmensos obstáculos que significan las distancias, la iniciativa se propone descentralizar el acceso a la justicia acercando los servicios del proyecto a los barrios más pobres.

Por otra parte, se busca mejorar la formación jurídica comunitaria de los líderes de las comunidades y profesionales, con el fin de generar un cambio cultural y promover el compromiso y la participación ciudadana activa permitiendo así que los cambios propuestos sean eficaces y sustentables a largo plazo.

Finalmente, el desarrollo de las diversas iniciativas está sustentado sobre la base de investigaciones orientadas básicamente a identificar los principales obstáculos para el acceso a la justicia, medir el índice de necesidades jurídicas insatisfechas y realizar un mapa de recursos jurídicos disponibles que permita coordinar eficazmente el trabajo de actores locales y diseñar e implementar proyectos adecuados a sus necesidades (2003, la nación).

Para algunos autores como Natalia Gerardi (2006) El camino hacia el diseño institucional de un modelo que permita el acceso a la justicia de todos los miembros de una comunidad en forma igualitaria, no puede ignorar las necesidades concretas de sus futuros usuarios. Para ello, y teniendo en cuenta la situación de desigualdad existente en términos de clase y de género, cobra particular relevancia la realización de estudios previos que ayuden a realizar un diagnóstico preciso de las necesidades jurídicas insatisfechas de la población y, en particular, de ciertos grupos identificados como vulnerables.

El acceso a la justicia es un requisito indispensable para que los derechos puedan ser finalmente operativos para toda la población.

El derecho de acceso a la Justicia requiere además que los ciudadanos:

a. Cuenten con la información sobre la existencia de sus derechos y con los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos ante el sistema judicial,

b. Que las instituciones diseñen estrategias adecuadas a las necesidades concretas de los grupos más vulnerables ya identificados.

c. Que se articule de manera integral y transparente el estado y todos los actores privados (institucionales y de la sociedad civil) pero que mantenga la centralización de la información sobre recursos disponibles.

d. Es indispensable que todos los actores involucrados redefinan sus programas y actividades a partir del aporte que puedan hacer efectivamente para mejorar el acceso a la justicia de la comunidad que se proponen servir.

Es así cada vez es más evidente cómo la posibilidad de ejercer ese derecho está relacionada tanto con la realidad socioeconómica como con la calidad de las instituciones que deberían garantizarlo y de aquéllas que administran justicia. A pesar de estas evidencias, el acceso a la justicia no se ha constituido aún en un tema prioritario de la agenda pública.

Es necesario que los ciudadanos tomen conciencia de que acceder a la justicia es un derecho que el Estado tiene la obligación de garantizar en el marco de un sistema judicial independiente y eficaz, capaz de llegar a pronunciamientos justos en tiempos prudenciales.

Para Víctor Abramovich (2006), el acceso a la jurisdicción es un mecanismo de participación en la esfera política que tiende a compensar el deterioro o la debilidad de otros canales institucionales de representación de intereses

colectivos. En su artículo analiza una dimensión no tradicional del acceso a la justicia, a partir de los modos de intervención judicial sobre las políticas públicas y su particular incidencia sobre las prácticas habituales de la acción colectiva. Destaca el efecto vigorizador que, sobre una “lánguida esfera pública”, puede tener la judicialización de los conflictos sociales al activar procesos de decisión sobre políticas de Estado. En esa línea, y refiriéndose a casos concretos, el autor caracteriza situaciones tipo en las que el Poder Judicial ha asumido la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y la ejecución de políticas públicas. Abramovich plantea que si bien las vías judiciales están lejos de ser el centro de la estrategia para exigir derechos, el proceso judicial sirve de punto de apoyo para incidir en procesos sociales o políticos más amplios y complejos.

Natalia Gherardi releva las formas en que algunos países resolvieron el problema de garantizar la asistencia jurídica en general y, con especial énfasis, en lo relativo a las mujeres. Según la autora, reconocer la existencia de un problema e identificarlo como una cuestión jurídica y judiciable es probablemente uno de los mayores escollos a superar en materia de acceso a la justicia. A partir de las experiencias comparadas de algunos países, en su artículo aborda las dificultades y posibilidades vinculadas con el género y analiza diversos métodos, procedimientos, acciones, estrategias e instituciones que forman parte de la noción misma de acceso a la justicia. Así, para Gherardi, cualquier estrategia que se pretenda duradera deberá, necesariamente, incluir “medidas tendientes a eliminar las barreras de educación, lenguaje y distancia geográfica, y a asegurar la existencia de profesionales que brinden un servicio de calidad”.

En Venezuela, el tema del acceso a la Justicia sigue estando vigente, especialmente en lo que se refiere a la reforma del Poder Judicial y la

garantía de acceso a los tribunales de Justicia para todos por igual, lo que implica abaratar los costos del proceso. Aún cuando se ha hecho un esfuerzo eliminando aranceles judiciales y aumentando el número de defensores públicos, ello no ha resultado suficiente ya que éstos últimos se ven abarrotados de casos y resulta evidente que no cualquier ciudadano puede pagar los altos costos de la defensa de su pretensión en tribunales.

Mientras no exista un verdadero equilibrio en el acceso a la Justicia de los ciudadanos no podemos decir que se ha alcanzado la meta. Mientras tanto los que carecen de más recursos y medios continúan siendo débiles jurídicos en relación a aquellos que ostentan el poder económico.

Por este motivo la defensa de los grupos resulta tan importante, ya que cuando se defiende una pretensión común bajo este esquema se disminuyen las diferencias existentes, lo cual favorece una correcta administración de justicia.

CAPITULO II
LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

4. Concepto de Tutela Judicial Efectiva

El artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

> Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Este artículo reconoce el Derecho a la Tutela Judicial, también denominado Tutela Jurisdiccional (González citado por Stagnán 1995, 85) o derecho a la Jurisdicción (Almagro, 1970, 95). La Sala Político Administrativa al desarrollar lo relativo a la tutela judicial efectiva, afirmó en su decisión de fecha 20-11-2001:

> "La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 26), que no se agota, como normalmente se ha difundido, (i) en el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para defenderse de los actos públicos que incidan en su esfera de derechos, sino que también comporta, (ii) el derecho a obtener medidas

> cautelares para evitar daños no reparables por el fallo definitivo; (iii) derecho a asistencia jurídica (asistencia de letrados) en todo estado y grado del proceso; (iv) derecho a exponer las razones que le asistan en su descargo o para justificar su pretensión; (v) oportunidad racional para presentar las pruebas que le favorezcan y para atacar el mérito de las que lo perjudique; (vi) obtener un fallo definitivo en un tiempo prudente **y**, otra garantía, hoy por hoy más necesaria ante órganos o entes contumaces a cumplir con las decisiones judiciales, (vii) el derecho a obtener pronta y acertada ejecución de los fallos favorables"

El derecho a la Tutela Judicial Efectiva para Stagnan (Op. Cit, 85) puede ser definido como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Se caracteriza por cumplir una función de defensa, en base a la heterocomposición del conflicto a través del poder del Estado, y por su marcado carácter procesal ya que surge con la incoación, desarrollo y ulterior resolución de un proceso.

5. Diferencias entre la Acción y el derecho a la Tutela Judicial.

Aunque existe una íntima relación entre los dos conceptos, estos no son equivalentes.

El Derecho a la tutela Judicial Efectiva es más amplio que el poder de acción. El artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no sólo reconoce constitucionalmente el derecho a la Tutela Judicial

efectiva, sino que también fundamenta el poder de acción pues sólo a través de dicha Tutela él puede alcanzarse el ejercicio procesal del poder de acción , al igual que presupone la jurisdicción .

El derecho a la Tutela Judicial efectiva es más amplio que el derecho de acceso a los Tribunales o acceso a la justicia, pues éste último queda incluido dentro del derecho a la Tutela Judicial dado su carácter amplio (Stagnan, 1995, 86).

En nuestra Constitución los dos conceptos están incluidos, sin embargo, observamos que uno precede al otro, pues lógicamente no puede concebirse un Tutela efectiva de los derechos sin el acceso a los órganos de Justicia, de tal manera. Lo que de alguna manera pudiera contradecir lo que sostiene Stagnan. Pero por otra parte, no se trata de establecer un orden de importancia de un concepto respecto del otro, sino que mas bien diríamos que son interdependiente puesto que no podemos tutelar derechos sin acceder a los órganos jurisdiccionales y la Tutela no se podría realizar sino a través de un proceso que presupone el poder de acción, es decir, el acceso a determinados órganos, mecanismos y procedimientos, de manera que podríamos decir que la Tutela de los derechos es el género y el acceso a la Justicia la especie.

Stagnan (Ibid., 87) se refiere a esto de la siguiente manera:

> resulta preferible aludir al derecho de acceso a los tribunales…, porque de esta manera queda destacado su carácter anterior al proceso, fundamentado en la previa existencia del poder de acción; …Por último, hablar de acceso a la justicia puede servir de equívoco, acaso no es la Tutela jurisdiccional sinónimo de acceso a la Justicia?¿O hay que convenir con Diez Picazo en que el derecho de

> acceso a la justicia es más limitado?...En conclusión, sólo si se alude al derecho de acceso a los tribunales, puede afirmarse, en puridad que el derecho a la Tutela Judicial es más amplio que el derecho de acceso.

Por todo lo anterior, lo más acorde con la realidad legal y doctrinal, sería sostener que el derecho a la tutela judicial efectiva es un concepto autónomo, fundamental en la configuración del sistema garantista del Derecho procesal (Ibid., 88).

Para Ortiz (2004, 456) la acción como posibilidad jurídico constitucional de acceso a los órganos de administración del justiciable permanece siempre absolutamente incondicionada. De modo que aún sancionándose la falta de interés procesal (con la perención, por ejemplo) el derecho de accionar se mantiene en cabeza del justiciable.

En este sentido cabe decir que quien ve desestimada su pretensión también tiene derecho a la Tutela Judicial efectiva, pero por razones que se manifiestan en el proceso los efectos de la resolución procesal no son acordes con su pretensión. Las razones no son por tanto procesales sino de ámbito material; no es que no tenga derecho a la Tutela, sino que no tiene el derecho o interés legítimo que alega, o éstos no pueden ser acogidos por la prevalencia de otro derecho o interés.

Stagnan sostiene que el interés en accionar que asiste a todo sujeto en el ejercicio del poder de acción, ya constituye en sí un interés legítimo digno de tutela (Ibid., 92).

El Tribunal Constitucional español refleja en su jurisprudencia, el contenido del derecho a la Tutela Judicial efectiva que aparece reconocido en ese país

en el artículo 24.1 de la Constitución Española quedando delimitado el ámbito de este derecho fundamental por su Jurisprudencia como el derecho a una sentencia sobre el fondo fundada en el ordenamiento jurídico, así pues, más restringido que el derecho a una sentencia favorable, pero más amplio que el simple acceso a Tribunales.

Este derecho comprende el de "obtener una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones de las partes, resolución que podrá ser de inadmisión siempre que concurra causa legal para ello y así se aprecie por el Juez o Tribunal mediante una resolución motivada, basada en la existencia de causa impeditiva prevista por la Ley, que no vaya en contra del contenido esencial del derecho –que ha de respetar el legislador- y aplicada con criterio interpretativo favorables a la mayor efectividad de tal derecho fundamental, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto procesal en cuestión no sea arbitraria ni irrazonable" (S TC 47/-1988, de 21 de marzo), es decir, en caso de inadmisión, podrá "examinar este Tribunal la legitimidad constitucional de los susodichos requisitos procesales y la proporcionalidad y oportunidad de su exigencia en el caso concreto" (A TC 17/1986, de 15 de enero) (1995, Bujosa,114).En definitiva reconoce el Tribunal Constitucional español en cuanto a la Tutela Judicial Efectiva :

1. El Derecho a una sentencia fundamentada, sobre el fondo, favorable o adversa y en cumplimiento de los requisitos procesales.

2. El derecho a la Jurisdicción desembocando dicha actividad en una decisión judicial no necesariamente favorable.

3.-La Tutela jurisdiccional es eficaz cuando la decisión consiste en negar, de forma no arbitraria y razonable la concurrencia de un presupuesto procesal para conocer el fondo del proceso.

4.- La simple existencia de una sentencia de inadmisión fundada o razonada en Derecho, satisface normalmente el derecho a una Tutela Judicial efectiva de los jueces y Tribunales., es decir las sentencias absolutorias de instancia también dispensan la mencionada tutela.

5.- No agota su contenido en la exigencia del acceso a los Tribunales por el interesado, la defensa de su pretensión o el goce de las prerrogativas y garantías, ni la obtención d una resolución fundada en derecho; exige además que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea restituido en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.

6.-No conlleva necesariamente el derecho a una segunda instancia (Lujosa, Op. Cit, 115).

Al respecto nos dice Stagnan (op. cit.90) que la Tutela Judicial efectiva alcanza hasta los efectos del resultado procesal (resolución) sin que el adjetivo “efectiva” impida esta reflexión; antes bien, la facilita, pues etimológicamente procede de *“effectivus”* derivado de *“efficere”,* ejecutar, acabar: por tanto, se protege la obtención de una Tutela “acabada”, que engloba también la ejecución de la resolución procesal.

Bujosa se refiere a la amplitud otorgada al ámbito subjetivo de este derecho considerando que la Tutela Judicial Efectiva se encuentra dirigida a todos los sujetos jurídicos, de modo que también se ha reconocido a quienes sean extranjeros, y no sólo se atribuye a las personas físicas, sino también a las

personas jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público a quienes el ordenamiento les reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional (op. Cit. 117).

Sin embargo, la Jurisprudencia de la Sala Constitucional pareciera contradecir esta opinión al establecer en Decisión de fecha 23 de agosto del 2000:

> carecen de legitimación procesal todas aquellas personas, grupos o entes que fuera del campo de los intereses difusos o colectivos, pretenden representar a la ciudadanía, al pueblo, a la sociedad civil y a otras instituciones semejantes, que no han sido electos por nadie para cumplir tal representación, que se desconoce cuáles son sus intereses, ya que no existe estatuto o ley que las rija y que no se sabe a cuál comunidad o sociedad representan, si es a la venezolana o a una extranjera cuyas directrices siguen.

Esto nos hace considerar la siguiente pregunta ¿se aplica el artículo 26 de la Constitución también a los extranjeros?

Consideramos que lejos de los criterios reduccionistas, el artículo 26 constitucional no hace distinciones y su espíritu alcanza a todos los que se encuentren en el país tal como corresponde a una nación suscriptora de Pactos y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos que son los mismos principios rectores de la Constitución:

> **Artículo 7**
> Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

> **Artículo 8**
> Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley

Para Longo (2006,110), tomando en cuenta el sistema previsto en la nueva estructura constitucional del País, considera que por expresa mención del artículo 26 de la carta fundamental, la opción utilizada parece ser la de la universalidad; esto es, “todos” pueden solicitar la tutela de los intereses colectivos y difusos. En este caso, si bien se trata de un sistema de legitimación más amplio, de igual manera no se ofrece ningún rasgo diferenciador entre ambos tipos de intereses.

La cuestión que se plantea es si también los grupos pueden incluirse entre los titulares de este derecho fundamental, por lo que la doctrina ha defendido la necesidad de que la iniciativa procesal no se limite a los intereses individuales, sino que sea posible ejercitar el derecho a la jurisdicción por grupos, sin necesidad de que sus miembros estén afectados en su propia esfera individual y exclusiva. (Ibid., 119) adoptándose una iniciativa procesal que vaya más allá de los derechos individuales, a los efectos de poder ejercitar el derecho a la jurisdicción por grupos, sin necesidad de que sus miembros estén afectados en su propia esfera individual y exclusiva.

El artículo 26 de la constitución se refiere a la Tutela Judicial efectiva de los intereses colectivos y difusos lo cual indica que la norma garantiza de manera expresa, no sólo el acceso a la justicia para la defensa de estos intereses, sino además el derecho a obtener una resolución judicial o

decisión correspondiente según la pretensión ejercitada frente a la jurisdicción.

Se destaca así la efectividad de esa Tutela de manera que se presenten el menor número de obstáculos posibles para alcanzarla, o dicho de otra forma, que el derecho reclamado encuentre el camino, la vía, el mecanismo, para conducirse en el proceso hasta la obtención de una resolución fundada en derecho.

6. Estructura del derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Stagnan nos refiere una estructura conformada por sujeto, objeto y contenido en donde el sujeto es la persona a la que se le atribuye el derecho, recayendo la titularidad en las personas físicas o jurídicas. El sujeto no puede ser otro que quien realiza la pretensión o la parte procesal.

El objeto es el proceso que sirve de cauce para obtener la tutela de los derechos. El Contenido resulta complejo y comprende temas como el Poder de acción o la efectividad de la resolución procesal.

CAPITULO III
LA SOCIALIZACIÓN DE LOS INTERESES INDIVIDUALES

B. INTRODUCCION

Para Landoni Sosa, (1981, citado por Ortiz, 2004, 556), los conflictos que requerirán mayor atención de los juristas- y entre ellos, en forma preponderante los procesalistas-, serán no ya los conflictos de intereses individuales, sino aquellos en que estarán en juego intereses colectivos. El Estado, comenta el autor, no puede ya ser tan sólo juez y gendarme, dejando a las diversas fuerzas que actúan en una sociedad en total libertad de acción, sino que, muy por el contrario, la experiencia mundial, además de la nuestra, nos está mostrando que debe transformarse en parte activa en los procesos económicos y sociales, como forma de lograr una sociedad más justa y organizada al servicio del hombre.

De la misma manera Capelletti (1.975, citado por Ortiz, 2004,556) señalaba que, tras la Segunda Guerra Mundial, se ha producido una aceleración en la transformación de la sociedad que se refleja también en los conflictos que en ella surgen e, inevitablemente, en los mecanismos que se precisan para su solución.

Tales aseveraciones nos hacen preguntarnos cuál es el papel que debe cumplir el derecho procesal para garantizar a la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, conociendo los cambios y transformaciones que se han operado y que requieren previsiones regulaciones que atiendan los aspectos subjetivos y objetivos del problema. Podemos abordar esta temática de la teoría de los intereses supraindividuales o de grupo, desde diferentes puntos de vista, a saber: a) la abstracción y redimensionamiento de los derechos fundamentales; b) la visión de los llamados derechos de la tercera generación, y c) la concepción del Estado como de derecho pero también de carácter "social".

C. HACIA UNA VISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El término 'derechos fundamentales', *droits fondamentaux,* aparece- según Pérez (1956, citado por Ortiz, 2004,558) en Francia hacia el año 1770, en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.

El proceso de reconocimiento legislativo de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, ha dado lugar a los derechos fundamentales. La positivización de estos derechos tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos. De manera que la relación entre "derechos humanos", "derechos naturales" y "derechos fundamentales" solo se puede precisar mediante la debida aclaratoria de sus significados sobre todo para comprender sus alcances y sentido, con el fin de reconocerlos como bienes superiores de tutela privilegiados (Op. Cit. 558).

1. Definición de Derechos Humanos

Los derechos Humanos se pueden definir como atributos de toda persona humana, inherentes a su dignidad, que todo hombre y mujer tiene que conocer y respetar, y que el Estado tiene que respetar también y garantizar, organizando su acción para satisfacer la plena realización de los mismos (Morcillo, 1978, 31).

Se pueden definir en un sentido más amplio, como el conjunto de condiciones materiales y espirituales (personales, comunitarias y sociales) que posibilitan y garantizan la dignidad humana.

El Padre Luis María Olaso (citado por Provea, 1997, 10) define los derechos Humanos como "Aquellos derechos fundamentales de la persona humana, considerada tanto en su aspecto individual como comunitario, que corresponde a ésta en razón de su propia naturaleza (de escencia a un mismo tiempo corpórea, espiritual, social y trascendente) y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídico positiva, cediendo no obstante en su ejercicio, ante las exigencias del bien común".

También se pueden definir como aquellos derechos cuyo propósito es defender por medios institucionalizados los derechos de los seres humanos contra los abusos de poder cometidos por los órganos del Estado, y al propio tiempo promover el establecimiento de condiciones de vida humanas y el desarrollo multidimensional de la personalidad del ser humano (op. Cit. 10).

Son múltiples las definiciones que existen de los derechos humanos, sin embargo, encontramos que de ellas se desprenden características distintivas, entre las cuales encontramos aquellas que aluden a atributos de la persona humana que corresponden a ella en razón de valores superiores que preexisten a su inclusión en el ordenamiento positivo y que son una garantía (una vez reconocidos en el ordenamiento jurídico) para el desarrollo de la persona y su defensa contra la violación de éstos.

Así, se establecen como características de los derechos humanos que son: universales, inalienables, intransferibles, acumulativos, imprescriptibles, irreversibles, inviolables, obligatorios, transnacionales, indivisibles, interdependientes, complementarios y no jerarquizables.

2. Definición de Derechos Fundamentales

Con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir *aquellos derechos humanos, garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada.* En nuestra Constitución los términos “derechos humanos” que aparecen en los artículos 2º, 19, 22, 23, 27, 29,30, y 31, muy bien pueden aludir a lo que se denominada “derechos fundamentales”.

Son aquellos derechos en los cuales se ecuentra involucrada la dignidad del individuo en su ser persona, con todos los valores que ello conlleva.

Son *derechos fundamentales* (*grundrechte*), los derechos del hombre, jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacio-temporalmente; son derechos objetivamente vigentes en un orden jurídico concreto.

Cabe señalar que la doctrina de los autores, realiza un uso indistinto de los términos garantías individuales y derechos fundamentales considerándolos verdaderos sinónimos, al decir del maestro Fix Zamudio (1982,54) esta situación es recurrente en algunos ordenamientos latinoamericanos, situación por la cual considera el autor de referencia "debe sustituirse por la designación más adecuada de `derechos fundamentales".
Sin embargo, para entender mejor las diversas nociones con las cuales se definen los derechos de las personas cabe hacer algunas distinciones conceptuales:

a. Derechos del Hombre y del ciudadano

Esta distinción se deriva virtud de la influencia de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), entendiéndose que son *derechos del hombre*, los que pertenecen al hombre en cuanto tal; y son *derechos del ciudadano*, los que le pertenecen al hombre en cuanto miembro integrante de una sociedad.

La razón de fondo de esta diferenciación obedece al reflejo de la teoría de la separación entre Estado y sociedad, entre un *status activus* y un *status negativus*, que determina, en la transición del concepto de hombre hacia ciudadano, el presupuesto de que la sociedad civil, separada de la sociedad política, es hostil a cualquier intervención estatal, y, por esencia, apolítica.

b. Derechos naturales y derechos civiles

Distinción que también encuentra su origen en el Texto Fundamental Francés de 1791, en que se determina expresamente la garantía a los "derechos naturales y civiles". Como su nombre lo indica, los *derechos naturales* son los inherentes al individuo y anteriores a cualquier contrato social; derechos civiles (en terminología anglosajona *civil rights*), son los derechos que pertenecen al individuo como ciudadano y que eran proclamados en las constituciones u otras leyes distintas.

c. Derechos civiles y libertades o derechos políticos

Los *derechos civiles* son los reconocidos por el derecho positivo a todos los hombres que viven en sociedad, esto es, aquellos que deben beneficiar a todos los individuos; los segundos (*id est* libertades públicas o derechos políticos), sólo son atribuidos a los *ciudadanos activos*, tal situación se traduce en el hecho de que en una sociedad no todos tienen el derecho de tomar parte activa en la formación de los poderes públicos, en otras palabras, no todos se encuentran beneficiados de derechos políticos (*v. gr*. el derecho de sufragio), lo que les impide participar en la formación de la voluntad general.

Es importante señalar que con base en esta distinción, se da lugar a la proclamación del principio de igualdad pero, al mismo tiempo, la restricción del sufragio universal.

d. Derechos civiles y derechos o libertades individuales

Esta distinción es importante dado que los derechos civiles, una vez separados de los derechos políticos, pasan a ser considerados por la publiscística francesa como *derechos individuales*, libertades individuales o, también, libertades fundamentales, lo cual refleja claramente la filosofía individualista de la escuela liberal.

e. Derechos y libertades públicas

Visto que los derechos civiles pasaron a ser designados como libertades individuales, es costumbre, con base en tal situación, realizar otra distinción considerando la posición jurídica del ciudadano, titular de los derechos, en relación con el Estado; así, las libertades estarían ligadas al *status negativus* y, a través de ellas, se tiende a defender la esfera de los ciudadanos ante la intervención del Estado. De ahí el nombre de derechos de libertad, libertades de autonomía o derechos negativos.

Pero también los derechos estarían ligados al *status activus* o *positivus* (Jellinek), permitiendo la participación del ciudadano como elemento activo

de la vida política (derecho de sufragio activo y pasivo). De ahí su nombre de derechos políticos, derechos del ciudadano, libertades de participación.

f. Derechos fundamentales y derechos de personalidad

Muchos de los derechos fundamentales son derechos de la personalidad, pero no todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales. Los derechos de la personalidad abarcan, ciertamente, los derechos del *status* de la persona (*v. gr.*, derecho de la ciudadanía), los derechos sobre la propia persona (derecho a la vida, a la integridad moral y física, derecho de privacidad), así como muchos de los derechos de libertad (libertad de expresión). Tradicionalmente, se separaban los derechos de la personalidad de los derechos fundamentales políticos y de los derechos a prestaciones por no ser pertenecientes al ser como persona, sin embargo hoy día ante la interdependencia del estatuto positivo y negativo del ciudadano y, de cara a una concepción general de personalidad, cada vez más los derechos fundamentales tienden a ser derechos de personalidad y viceversa.

g. Garantías constitucionales y derechos fundamentales

Podemos decir, que de manera estricta, que las clásicas garantías son también derechos, sin embargo, muchas veces se subraya en ellas el carácter instrumental de protección de los derechos. Es así que las garantías son derechos fundamentales, pero no todos los derechos fundamentales son

garantías. Las garantías se traducen tanto en el derecho de los ciudadanos a exigir de los poderes públicos la protección de sus derechos, como en el reconocimiento de los medios procesales adecuados a tal finalidad (por ejemplo el derecho al acceso a los tribunales para la defensa de los derechos, principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimen*, principio de *non bis in idem*, *iura novit curia*, entre otros).

La básica distinción es que los derechos adjetivados como fundamentales son netamente sustantivos mientras que las garantías son netamente adjetivas. No obstante ambos comparten dentro de la ciencia jurídica su carácter de derechos subjetivos.

La importancia que deriva de la noción de derechos fundamentales ha sido resaltada por las modernas corrientes del Derecho constitucional señalándose que tal noción desempeña una doble función: en el plano subjetivo, siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que, en el objetivo, han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionales proclamados. Sin embargo, cabe anotar unas notas características de los derechos fundamentales que deben tomarse en cuenta, a saber:

1) Los derechos fundamentales constituyen el *reconocimiento* de un "sistema de valores" explícita e implícitamente *reconocido* por el Constituyente, esto es, articulación de los valores del pueblo;

2) Los derechos fundamentales abarcan y exceden la noción de "derechos individuales", pues, dentro de esta noción bien cabe entender también los

derechos colectivos, sociales, económicos e, incluso, los llamados derechos de la tercera generación;

3) Los derechos fundamentales constituyen fuente de tutela privilegiada por parte de todas las ramas del Poder Público, pues-como antes se dijo-su 'legitimidad' depende de la medida en que tales derechos sean desarrollados, protegidos y tutelados;

4) La verdadera tutela judicial efectiva se logra cuando la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se realiza a través de un procedimiento con celeridad, gratuidad, sencillo en sus formas y- como anota FIX ZAMUDIO -con un sistema de medidas cautelares;

5) La tutela de los derechos fundamentales requiere de la existencia en la legislación ordinaria de un amplio marco de posibilidades jurisdiccionales, es decir, de un sistema lo más amplio posible de "garantías constitucionales", entendiendo por tales el conjunto de remedios procesales que tutelan y aseguran la vigencia de los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico.

Efectivamente, los derechos fundamentales constituyen el más claro reconocimiento de un orden de valores implícito en el articulado constitucional, y por ello mismo se estructuran como criterio de actuación de todos los órganos que integran el Poder Público; constituyen, además, un mandato al legislador ordinario para su desarrollo, fomento y protección. Así lo ha reconocido tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional al señalar la posición central de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, rango extraconstitucional, calificándolos como inherentes a la persona humana.

Desde luego, los derechos fundamentales no son concesiones arbitrarias o graciosas del constituyente, sino que se fundamentan en un sistema de valores anterior a la Constitución, al que el tribunal atribuye carácter universal y a las declaraciones y convenios internacionales sobre derechos humanos. La Constitución *recoge y asume valores y los derechos que en ellos se fundan como decisión básica, de tal modo que adquieren carácter informador de todo el ordenamiento jurídico"*. Así también, lo revela otra decisión del Tribunal Constitucional español en sentencia del 11 de abril de 1985: "*Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básico, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son en fin, como dice el art .10.1 de la Constitución el fundamento del orden político y la paz social".*

El Tribunal Supremo español ha señalado, en su Sala Constitucional, que los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrados a partir de los esfuerzos de cooperación para el logro de objetivos comunes. Vale decir: constituyen los presupuestos de consenso sobre los cuales se debe edificar cualquier sociedad democrática, pues comportan la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador de cualquier sociedad pluralista.

Del acuerdo social, dice la Sala Constitucional, surge el reconocimiento constitucional del régimen de derechos y libertades y; por supuesto, la sujeción del Poder Público y los ciudadanos a las disposiciones de la Carta Fundamental (en el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana

de Venezuela se expresa que "…*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público, están sujetos a esta constitución…"*). Por tanto, la incorporación en el ordenamiento de normas que regulan la relación de los particulares con el Poder Público, permite concluir que existe una situación jurídica del ciudadano frente a la Administración Pública, que la doctrina ha descrito en dos grandes categorías a saber: activos y pasivos. La primera comprende las sujeciones, los deberes y las obligaciones. La segunda comprende los derechos fundamentales y las libertades públicas) y los intereses legítimos. *Sentencia de 27 de julio de 2000 (*Seguros Corporativos (Segucorp), contra la Superintendencia de Seguros).

Por otro lado, hemos puede considerarse como notas características de los *derechos fundamentales* que la verdadera tutela judicial efectiva se logra cuando la protección jurisdiccional de los mismos se realiza a través de un procedimiento con celeridad, gratuidad y sencillo en sus formas. (Sentencia 20-07-2000, Elena Barreto vs Unidad Educativa Colegio Teresiano).

La noción de "derechos fundamentales toma visos de derechos supraindividuales en la medida en que la concepción del Estado pasa de ser el marco vigilante y garante de derechos individuales a ser parte de un proceso histórico de socialización e interacción social, lo cual da lugar al nacimiento de nuevos intereses en los que aparecen incluidos sectores comunitarios siempre más amplios. Estos intereses nacientes de naturaleza colectiva, pertenecen a todos y, cada uno son los llamados "intereses difusos".

3. La Generación de los Derechos

a. La primera generación: Los derechos individuales

La doctrina liberal burguesa que dominó al mundo a mitad del siglo XVIII y gran parte del siglo XIX, se centró en el reconocimiento de las llamadas *libertades individuales,* esto es, el necesario respeto por parte del Estado de cada individuo, que trataba de preservar la esfera de la *autonomía privada* frente a los poderes públicos y el ejercicio material de sus atribuciones. Las tres revoluciones que mediaron en esos años, la inglesa, la norteamericana y la francesa eran las respuestas ante una situación de profundas desigualdades y de injustificada opresión. Los franceses toman a la fuerza la Bastilla y dan una respuesta violenta a la violencia que habían padecido durante tantos años, en consecuencia, las ideas nacidas en aquellos nuevos tiempos tuvieron como punto central la "defensa" del ciudadano (concebido individualmente) frente a la organización del Estado.

Así entonces, el deseo de los ciudadanos de gobernarse a sí mismos y de preservar su autonomía frente al poder público configura la *primera generación de derechos humanos* entendidos como *derechos de defensa*, esto es, se aspiraba garantizar al individuo la no intromisión por parte de los poderes públicos en la esfera autonómica de cada uno o su ámbito de privacidad. Los derechos asentados en esta primera generación se ven suficientemente salvaguardados con el reconocimiento jurídico de una actitud pasiva de los gobernantes y no requieren actitud complementaria de los poderes públicos.

Los derechos de la primera generación está constituida por lo que los franceses bautizaron con el nombre de *libertades fundamentales*, esto es,

las contenidas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esto es, básicamente la *libertad, igualdad y fraternidad.* La línea central para identificar esta primera generación de derechos está en el rasgo de la *autonomía de voluntad,* y la necesidad de que el Estado interviniera lo menos posible en las relaciones entre los particulares. El lema "dejar hacer, dejar pasar" realmente resume los temas centrales del movimiento generacional. Así entonces, a la originaria declaración de Derechos bien pronto se convirtieron en principios constitucionales tanto en Francia como en Italia, Alemania, etc., y se le adicionan también la libertad de empresa, la prohibición de torturas, el derecho a la vida, la inviolabilidad del domicilio, entre otros (Ortiz, Op. Cit. 567).

b. Los derechos de la segunda generación: La dimensión social.

El individualismo no podía permanecer por mucho tiempo, pues, si bien sirvió para rescatar la autonomía de voluntad frente a las garras del *Leviatán*, sin embargo, bien pronto se convirtió en la fuente de las mayores desigualdades e injusticias; y el Estado se alejaba de los particulares y los individuos también se desde lejos, es decir, la preocupación por la individualidad y la extremismo en la defensa frente al Estado terminó por la creación de un Estado de Derecho pero sin participación ciudadana y sin control social.

La eliminación de todo ente intermedio entre el Estado y los particulares, el ejercicio colectivo (social) de los derechos, se consideró como delito,

atentando en contra de la autonomía y el modelo de Estado de Derecho. A mitad del siglo XIX, las presiones de los individuos por una mayor participación en la vida pública o colectiva se hizo sentir, y así surgieron los llamados derechos económicos, sociales y culturales que resurgieron a principios del siglo XX, básicamente por las teorías hegelianas marxistas en aras de mayores y mejores espacios sociales. La organización política pasó de ser un “Estado de Derecho” a un “Estado social de Derecho”; se hacia preciso garantizar la participación y actuación de los ciudadanos en la vida pública, y así: A los derechos de la segunda generación se les ha atribuido la denominación de *derechos de participación*. Surge con ellos la obligación para los poderes públicos de realizar actividades con el propósito de garantizar el ejercicio de tales derechos mediante prestaciones y servicios de los poderes públicos. El derecho a la educación, a la seguridad social o la protección de la salud constituyen una muestra de lo que representan los derechos fundamentales integrados en la denominada Segunda Generación de derechos fundamentales.

Ciertamente ambas generaciones de derechos se complementan en tanto que el hombre tiene una doble dimensión; la individual y social, y en su origen responden a la necesidad común de proteger aspectos diferentes de la personalidad individual y social; pero no hay duda tampoco de que, durante todo el siglo XX, el mundo se manejó con fundamento en ambas direcciones, el bloque de países con economías liberales o individualistas se afincaron en los derechos de la primera generación, mientras que los países del bloque socialista pusieron el énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales, y prueba de esta afirmación son los tratados internacionales de derechos.

c. La tercera generación de derechos: Los derechos fundamentales supranacionales y supraindividuales.

La nota característica del llamado *postmodernismo* es el redimensionamiento de los derechos fundamentales, esto es, establecimiento en todos los países de un conjunto de derechos que van más allá de los límites de las fronteras para convertirse en *patrimonio común o colectivo* de derechos a un nivel *supranacional*. Se trata de *derechos individuales pero de disfrute necesariamente colectivo* y responden al "incipiente avance social en la totalidad de las tareas de la vida en comunidad". La materia relativa a la calidad de vida, la paz social, el derecho de consumidores, el derecho a un ambiente sano, la protección de los avances tecnológicos de la segunda mitad del siglo XX y que se vislumbra con mayor fuerza durante el siglo que se inicia. Es así que se realiza una especie de "socialización de los derechos", fenómeno que ha de ser reconocido por las leyes con el fin de adecuarse a la realidad circundante, creando los mecanismos procesales necesarios para tutelar los derechos colectivos.

CAPITULO IV
DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

A. LA SOCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

La individualización de los problemas sociales y de la socialización de los problemas individuales que ha traído consigo el avance de las ciencias, la tecnología, el “progreso” que ha creado necesidades infinitas, el desarrollo de actividades de carácter masivo con el consecuente riesgo de causar daños a mayor escala y perjuicios a intereses de un gran número de personas, hacen surgir problemas múltiples que pueden llevar a litigios que exceden los exclusivamente individuales

Según comenta Morello (1986, citado por Ortiz, 571), las circunstancias cambiantes del tiempo en que vivimos (la urbanización, la industrialización) traen consigo una variación en el “tipo e importancia de los riesgos en que se incurre en el contacto social”, fundamentalmente “la enorme multiplicidad de los *daños a personas* debido a las modernas condiciones de vida” .El fenómeno abre las puertas a la evolución de la idea de la “responsabilidad social” por encima de la de la “culpa individual”, de donde se afirma la necesidad de ofrecer a la víctima la certeza del resarcimiento y la obtención de la indemnización del daño lo más pronto posible, con la mayor economía

aunque ello implique el sacrificio del principio de la reparación integral, " para justificar una suerte de equilibrio entre todo lo deseado y algo menos tarifado, más posible y de percepción inmediata" .

Para Paolo Longo, (2006, 1), "el derecho, en cuanto orden normativo, está indisolublemente atado a su finalidad reguladora de la conducta social; la norma, *"per se"*, es una anticipación de los comportamientos humanos, tanto los que se acometen en situación individual, como los que se verifican en situación grupal; claro está, esa previsión de la norma es general y abstracta, pues se refiere a categorías de personas y a categorías de eventos, de manera que no resulte aniquilada por las limitaciones reduccionistas del casuismo y pueda, en cambio, atender a aquella razón de ser: ***regular la conducta humana en la sociedad*"** (negrillas nuestras). Continúa desarrollando esta idea el autor, para explicar la importancia de la relación entre sociedad y derecho que nos da una idea clara del fenómeno que aquí estudiamos:

> La idea anterior es fundamental si se quiere entender con exactitud el vínculo existencial que entrelaza al derecho con la sociedad; es cierto, la sociedad no es solamente derecho, pero el derecho no se ocupa del hombre sino en su interacción social; así, el interés jurídico es uno sólo entre los disímiles y variados bienes de la vida que el hombre aspira salvaguardar o tutelar, pero es el único que atañe al derecho; en este sentido, el derecho, la religión o la moral, son todos, al mismo tiempo, ordenes normativos; pero, en su desarrollo regulatorio, cada uno se dirige a intereses diversos; por ejemplo, con la religión, sin duda, se trata de tutelar o resolver un interés particular que es producto del conflicto del hombre con la creación, una necesidad que surge de su fe, de sus creencias trascendentes, de sus relaciones con Dios, de su posición ante lo divino; por otro lado, con la moral, a su vez se intenta tutelar o resolver acerca de un interés que es el resultado del conflicto que puede existir en el hombre contra sí mismo, en la verificación de sus valores, en la

> posición que asume frente a sus íntimas convicciones; en estos dos casos, como se observa, la relación del hombre es individual, caso de la moral, o *"metha"* individual, caso de la religión, pero en ningún caso grupal, colectiva o social, como ocurre con las relaciones de las que se ocupa el derecho.

Nos encontramos entonces ante la necesidad de establecer el mayor equilibrio entre los *derechos individuales* que corresponden a cada persona considerada en su dignidad, con "otros" intereses que surgen de los fenómenos sociales de masa y que apuntan a una concepción social del Estado.

1. Del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho.

El artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela define al Estado venezolano como "Social de Derecho y de Justicia", en los siguientes términos:

> Artículo 2º. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

La jurisprudencia venezolana es abundante en relación a la interpretación de este artículo 2do de la Constitución, haciéndose énfasis en la obligación del estado de otorgar una contraprestación a los ciudadanos para garantizar los derechos contenidos en la Carta Magna, con el fin de dirigir a la sociedad hacia el mayor bienestar social y progreso posibles.

a. La Perspectiva Constitucional venezolana.

El hecho de reconocer a Venezuela como un Estado Social de Derecho y de Justicia de acuerdo al referido artículo constitucional, entre otros efectos, da lugar según el Magistrado Moisés Troconis (TSJ, SC, voto salvado de sentencia 13 de julio de 2000), a la necesidad de otorgar una tutela prevalente a los intereses sociales y a la posibilidad de exigir del estado la ejecución de la prestación correspondiente. Se trata pues, continúa el Profesor Troconis, de una prestación dirigida a la satisfacción progresiva del derecho correspondiente, pero de una prestación determinada. Por ejemplo, la satisfacción progresiva del derecho constitucional a una vivienda adecuada pasa por una serie de prestaciones a cargo del Estado, tales como el establecimiento de una regla de derechos que lo consagre, de una organización destinada a la ejecución de la política, planes, proyectos y programas correspondientes, de un procedimiento destinado a recabar y dar curso a la petición de los interesados, y la provisión de recursos, humanos, financieros, materiales y de otros órdenes, destinados a hacer efectiva la satisfacción de aquel derecho.

Esta concepción del estado de derecho como “social” a decir del Profesor Ortiz (Op. Cit, 573), genera unos derechos cívicos que redimensionan la posición del ciudadano con respecto al estado, y de los “grupos” sociales con respecto de los individuos y del Estado mismo. Así fue reconocido por la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia nº 656 de 30 de junio de 2000* (Defensoría del Pueblo vs Comisión Legislativa Nacional):

El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa que Venezuela es un Estado Social de Derecho y de Justicia. Esto significa, que dentro del derecho positivo actual y en el derecho que se proyecte hacia el futuro, la ley debe adaptarse a la situación que el desarrollo de la sociedad vaya creando, como resultado de las influencias provenientes del Estado o externas a él. Son estas influencias las que van configurando a la sociedad, y que la ley y el contenido de justicia que debe tener quien la aplica, deben ir tomando en cuenta a fin de garantizar a los ciudadanos una calidad integral de vida, signada por el valor dignidad del ser humano. El Estado constituido hacia ese fin, es un Estado Social de Derecho y de Justicia, cuya meta no es primordialmente el engrandecimiento del Estado, sino el de la sociedad que lo conforma, con quien interactúa en la búsqueda de tal fin.

Un Estado de esta naturaleza, persigue un equilibrio social que permita el desenvolvimiento de una buena calidad de vida y para lograr su objeto, las leyes deben interpretarse en contra de todo lo que perturbe esa meta, perturbaciones que puedan provenir de cualquier área del desenvolvimiento humano, sea económica, cultural, política, etc.

El Estado así concebido, tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean, como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad, por lo que puede afirmarse que estos derechos de control son derechos cívicos, que son parte de la realización de una democracia participativa, tal como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como derechos cívicos, destinados a proteger la calidad de la vida, a ellos se les pueden resaltar varios caracteres. Uno, el que formando parte de los derechos otorgados a la ciudadanía, mecanismos legales para precaver el bien común, cualquier miembro de la sociedad, con capacidad para obrar en juicio, puede –en principio- ejercerlos. Dos, que siendo ellos deferidos como parte de una interacción social, que actúan

> como elementos de control de la calidad de la vida comunal, no pueden confundirse con los derechos subjetivos individuales que buscan la satisfacción personal, ya que su razón de existencia es el beneficio del común, y lo que se persigue con ellos es lograr que la calidad de la vida sea óptima. Esto no quiere decir que en un momento determinado un derecho subjetivo personal no pueda, a su vez, coincidir con un derecho destinado al beneficio común.
>
> Una tercera característica de estos derechos, es que al perseguir con ellos el bien común, su contenido gira alrededor de prestaciones, exigibles bien al Estado o a los particulares, que deben favorecer a toda la sociedad, sin distingos de edad, sexo, raza, religión, o discriminación alguna.

El mismo reconocimiento que hace Venezuela de los Tratados y pactos Internacionales en materia de derechos Humanos, obliga al país a reconocer, normar, aplicar y ejecutar los principios de justicia y derecho que todo ciudadano posee frente al estado. Estos derechos prestacionales exigibles al Estado, se encontraban ya reconocidos en los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por la República mucho antes de la Constitución de 1999, la cual no hace sino recogerlos en un texto normativo, pues aún cuando se encontraban vigentes por circunstancias diversas no habían tenido la relevancia que les ha otorgado la actual normativa constitucional.

2. El Análisis de la Sala Constitucional sobre el Estado Social de Derecho.

La Sala Constitucional en la Sentencia de fecha 24 de enero de 2002 en la cual se resolvió el caso correspondiente a los Créditos Indexados realizó un análisis del Estado Social de derecho, que transcribimos a continuación por revestir particular interés:

> La formación y desarrollo del concepto de estado de Derecho, tiene su origen histórico en la lucha contra el absolutismo, y por ello, la idea, originalmente, se centraba en el control jurídico del Poder Ejecutivo, a fin de evitar sus intervenciones arbitrarias, sobre todo en la esfera de la libertad y propiedades individuales. Son embargo, tal concepto fue evolucionando, y dentro de la división de poderes que conforman el Estado, en la actualidad, *el Estado de Derecho consiste en que el poder se ejerce únicamente a través de normas jurídicas, por lo que la ley regula toda la actividad Estatal y en particular la de la administración;* y parte de la esencia del concepto consiste en "el control judicial de la legalidad desde lo que se va a considerar la norma suprema: la Constitución" (*El Estado Social de Derecho en la Constitución* por ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA. Consejo Económico y Social. Madrid. 2000), la cual encabeza una jerarquía normativa, garantizada por la separación de poderes (cursivas nuestras).
>
> Tal concepción, está recogida en la vigente Constitución, donde toda la actividad Estatal está regida por la ley: leyes que emanan del Poder Legislativo y otros poderes, y reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo, sin que estos últimos puedan contradecir la letra o el espíritu de la ley, mientras que la constitucionalidad es controlada judicialmente mediante el control difuso o el control concentrado de la Constitución. Al concepto de Estado de Derecho, la actual Constitución le agrega el de Estado social, tal como lo establece el art. 2º, cuando establece que "*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y , en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".*

En criterio de la Sala,

> El concepto de Estado social surge “ante la desigualdad real existente entre las clases y grupos sociales, que atenta contra la igualdad jurídica reconocida a los individuos por la propia Carta Fundamental (artículo 21). Dicho concepto (Estado Social) ha ido variando en el tiempo, desde las ideas de FERDINAND LASALLE, que se vierten en sus discursos de 1862 y 1863, donde sostiene que el Estado es el instrumento de transformación social por excelencia y su función histórica es liberar al ser humano de la miseria, la ignorancia y la impotencia a la que se ha visto sometido desde el comienzo de la historia; pasando por el pensamiento de LORENZ VON STEIN, quien basado en la existencia de una clase dominante que se ha apoderado de la conducción del Estado, y de una clase dependiente que no tiene acceso a los bienes espirituales (educación), ni a los materiales (propiedad), propone que el Estado haga posible para la clase inferior la adquisición de aquellos bienes, lo cual se logra mediante una reforma política de contenido social realizada desde el Estado, utilizando un conjunto de medidas y leyes que posibiliten a todos los individuos la adquisición de esos bienes a través del trabajo. Estas ideas propugnan a la armonía social como *desideratum* del “Estado Social”.

Entendemos que para la Sala Constitucional el Estado de Derecho es la posibilidad de mantener el control judicial de la legalidad recogida en el texto constitucional y demás normativas, sin embargo, a este concepto, que no subsiste de manera aislada, se añade el de Estado Social como parte del poder transformador del Estado y como eje que equilibra la aplicación de la Ley con el fin de alcanzar una justicia equitativa que supere las enormes desigualdades existentes en la realidad y que muchas veces la norma abstracta no alcanza a integrar. En definitiva el Estado Social es aquél que busca, en progreso, la adquisición de los bienes que permiten el desarrollo de una sociedad y su armonización desde los diferentes órdenes de la vida.

c. Conceptos actuales sobre el Estado social de Derecho

Para la Sala Constitucional, el Estado de Derecho tiene como fin alcanzar la armonía entre las clases, evitando la existencia de clases dominantes en el aspecto económico, político o cultural, como opresoras subyugantes de otras clases o grupos. A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales.

El Estado Social, para lograr el equilibrio, interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la "Constitución social" tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social.

> El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. Como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros. Tal como decía RIDDER, "*...el Esta-do se habilita para intervenir compensatoriamente desmontan-do cualquier posición de poder siempre que lo estime convenien-te",* pero, agrega la Sala, fundado en la ley y en su interpretación desde

el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado. El Estado Social, trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o a ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económicos y socialmente mas fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social. Ahora bien, este concepto de Estado Social de Derecho, no está limitado a los derechos sociales que la Constitución menciona expresamente como tales, ya que de ser así dicho Estado Social fracasaría, de allí que necesariamente se haya vinculado con los derechos económicos, culturales y ambientales. Estos últimos grupos de derechos buscan reducir las diferencias entre las diversas clases sociales, lo que se logra mediante una mejor distribución de lo producido, un mayor acceso de la cultura, un manejo lógico de los recursos naturales, y por ello el sector público puede intervenir en la actividad económica, reservarse rubros de esa actividad, permitiendo a los particulares actuar en ellas mediante concesiones, autorizaciones o permisos, manteniendo el Estado una amplia facultad de vigilancia inspección y fiscalización de la actividad particular y sus actos, por lo que la propia Constitución restringe la libertad de empresa consagrada en el artículo 112.

También es necesario apuntar que derechos como el de propiedad o el de la libre empresa no quedan abolidos en un Estado Social, sino que quedan condicionados en muchas áreas, al interés social, y en ese sentido deben interpretarse las leyes, toda vez que "*…el fortalecimiento de la sociedad requiere del fortalecimiento del propio Estado. Pero no ciertamente de 'cualquier Estado', sino de uno que realice los valores democráticos y que reconociendo sus responsabilidades públicas, sea capaz también de aceptar sus límites" (Repensando lo Público a través de la Sociedad. Nuevas Formas de Gestión Pública y Representación Social.* Nuria Cunill Grau).

d. El Estado social de Derecho en el Derecho constitucional venezolano.

Un Estado social, está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia y el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación. Luego, la Constitución antepone el bien común (el interés general) al particular, y reconoce que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia.

e. Los derechos prestacionales.

Por otra parte, la Sala puntualiza que la fórmula “Estado social de Derecho” tiene carácter jurídico de orden constitucional, sin deducirse de este concepto derecho a ejercer pretensiones jurídicas inmediatas por parte de los ciudadanos, sino criterios interpretativos para quien aplica las normas constitucionales o las de rango inferior al Constitucional, así como pautas de orientación en la actividad de las ramas del Poder Público. Ahora bien, el Estado social desarrolla derechos sociales, los cuales son derechos de prestación que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad o de la actuación del principio de igualdad.

Otros derechos prestacionales resultan con mayor indeterminación, tanto en lo debido como en quienes son sus titulares, y en su cumplimiento depende de que surjan determinadas condiciones; sólo si ellas existen podrán cumplirse, como sería el caso del derecho consagrado en el artículo 82 constitucional. Ahora bien, en muchos casos la Constitución establece como derechos de prestación figuras de imposible cumplimiento (por lo indeterminado) sin un debido respaldo legal. En estos supuestos, mientras no surja el desarrollo legislativo, no se está ante verdaderos derechos, sino frente a políticas constitucionales que requieren de otros complementos para su aplicación. Este tipo de norma, al contrario de las anteriores, no genera derechos subjetivos y muchas de ellas lo que aportan son principios.

El cumplimiento de los derechos de prestación pueden ser accionados por quienes se consideren sus titulares, pero las formas reaccionar son variables. Una de estás son las acciones por derechos e intereses difusos; y, para lograr el cumplimiento de los derechos prestacionales, la jurisdicción constitucional tiene que dar cabida a variantes del derecho de acción, ya que, de no ser así, los derechos prestacionales podrían quedar sin efectividad. El Estado debe cumplir a la población en las áreas de interés social, de acuerdo a lo que la Constitución y las leyes pauten, sobre todo cuando al Estado le corresponde la vigilancia y el control de determinadas actividades propias o de los particulares.

3. La visión del "ciudadano" en la Carta fundamental.

En el marco de un Estado social y de Derecho y con el deseo de crear una democracia "participativa" y "protagónica", la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela hizo énfasis en la "participación" ciudadana y la intervención de los ciudadanos en todos los ámbitos posibles de la vida pública del país. El artículo 70 establece:

> "Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad. La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo".

En Sentencia *de 23 de agosto de 2000* (Ruth Carriles y Red de Veedores de la UCAB, la Sala consideró que la participación y el protagonismo ciudadano son:

> Manifestaciones del ejercicio de la soberanía popular, sobre la cual es creada la República, y que se ejercerá en forma directa- según la Constitución y las leyes- o indirecta –mediante el sufragio y por los órganos que ejercen el Poder Público- (artículo 5 de la Constitución). Esta noción se repite en el artículo 62 *eiusdem,* al señalarse que "Todos *los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas".* En una forma más específica, el artículo 70 constitucional enumera cuáles son los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, tanto en lo político (*numerus apertus)* como en lo social y económico (*numerus clausus).*

Ahora, no basta con reconocer a los ciudadanos unos “derechos cívicos” sino que, además, se requiere un conjunto de “formas y medios “que permitan ejercerlos de manera efectiva.

4.- **El Nacimiento de los Intereses Supraindividuales.**

Ortiz (Op. Cit. 589) se pregunta en este contexto: ¿Cómo se pasa de los intereses singulares o individuales a los intereses supraindividuales? Al referirse a los intereses de los consumidores , señala que el *daño eventual* que pueda sufrir una persona como *eventual consumidor* es absolutamente inseparable del daño que puedan sufrir los demás consumidores eventuales, y es inevitable que tutelando un interés individual no se afecte, de algún modo, el interés de los demás, tanto a las personas presentes como las futuras que lleguen a estar esta categoría. El interés del consumidor, *como tal,* no coincide con el interés de la persona. Los intereses de los consumidores tienen un carácter impersonal. Las agresiones a ellos dirigidas se despliegan globalmente sobre la generalidad del público, expuesto del mismo modo e indiferentemente a ciertos riesgos. Entonces, las lesiones consecuentes no pueden considerarse aisladamente, una por una, sino como un todo único, sin perjuicio de que, paralelamente, el mismo hecho ocasione un daño efectivo sobre algunos miembros del grupo más que sobre otros.

Para Morello (1986, 114) el nuevo encasillamiento del interés del consumidor como “supraindividual” viene superando el estrecho espacio de la tradicional tutela que, restringida al “derecho subjetivo” o “interés legítimo” y consiguientemente al llamado “daño jurídico “(individual, personal, exclusivo), implica el desamparo de prerrogativas difusas, precisamente debido a su

carácter grupal, pese a reflejar las mismas necesidades (v. gr. El derecho a la salud) que individualmente sí son reconocidas a los particulares.

Según la opinión de Longo, el reconocimiento jurídico y la consecuente regulación normativa de los intereses colectivos y difusos constituyen una expresión fehaciente de la evolución social y del desarrollo continuo del Derecho:

> El universo ha experimentado cambios y transformaciones inmensas; la sociedad simple, aislada, autónoma, limítrofe encerrada en una autosuficiencia ilusa, dio paso a una conformación colectiva compleja, integrada, interdependiente, comunicante, abierta hacia negociaciones estratégicas. Del pacto meramente bilateral se ha pasado al acuerdo inevitablemente multilateral. De la división tajante entre lo público y lo privado a la inserción gradualmente cada vez mayor de ambos planos. Del contrato y de la obligación a las modernas figuras de asignación de responsabilidad, típicas en campos jurídicos como el ambiental y el del consumo de bienes y servicios. De las jurisdicciones nacionales a las estructuras jurisdiccionales supranacionales. De la Constitución como elenco de principios básicos y fundamentales a la Constitución como norma suprema de aplicación inmediata. Del interés jurídico personal y direct o al interés jurídico transpersonal o supraindividual .

CAPITULO V.
LA NOCION DE INTERESES SUPRAINDIVIDUALES

C. - NOCIÒN DE INTERÈS

El interés desde un punto de vista general es una noción que presenta diversas acepciones, por lo que resulta necesario su análisis para delimitar su significado y utilidad en la materia que nos corresponde tratar.

Para muchos autores, el significado de interés resulta vago e impreciso y poco delimitado, en este sentido lo único que se puede afirmar es que se trata de la actitud de alguien respecto a algo (Bujosa, Op. Cit. 26).

Desde el punto de vista de su significado gramatical, entendemos interés como “el valor que tiene en sí una cosa, provecho, utilidad, ganancia, la inclinación vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc. O la conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material.

Etimológicamente hablando, la palabra interés en su acepción latina “*inter esse*” significa “estar entre”. Entendiendo el Interés como el elemento que se sitúa entre el sujeto y el bien, conectándolos.

La Doctrina ha establecido una clasificación de las diversas posiciones mantenidas por los autores respecto a la concepción de interés, esto es, una posición objetiva y una subjetiva:

1. **Concepción objetiva**

El interés es el resultante de la relación entre un sujeto que tiene una necesidad y el bien idóneo para satisfacer dicha necesidad determinada (la relación) en la previsión general y abstracta de una norma". Carnelutti destaca en esta posición considerando que para él el Interés no significa un juicio sino "*la posición favorable a la satisfacción de una necesidad"*, por lo que el interés supone siempre "una relación en la que figuran seres humanos, sean considerados individualmente o colectivamente. En este caso puede suponerse que el interés es en última instancia personal" (Carnelutti, citado por Gutiérrez, Op. Cit., 42).

2. **Concepción subjetiva**

En esta se acentúa el momento valorativo, puesto que el interés constituye un acto de la inteligencia, un juicio de utilidad o valor dirigido a la apreciación o valoración de un bien capaz de satisfacer una necesidad o reportar una ventaja o utilidad. Es el acto de la inteligencia que mueve la voluntad del sujeto interesado hacia las actividades necesarias para la consecución de un mismo bien; comportamiento del individuo que se resume en una doble acción: la intelectiva- volitiva, tal como lo señala Gutiérrez (Op. Cit., 43).

A su vez, Guasp (1971, citado por Gutiérrez, Op. Cit., 44) critica la doctrina que trata de definir el interés como “posición de un hombre con respecto a un bien”, o, en general de un sujeto con respecto a un objeto, “fijándose en la estructura”, ya que en su opinión, hay intereses que “no están en cabeza de ningún sujeto” (por ejemplo, el interés de la ley), y desde una orientación funcional el interés apunta a la satisfacción de una necesidad, con la posibilidad de abarcar todos los intereses posibles. En definitiva el derecho busca precisar qué es lo que debe entenderse por interesante jurídicamente hablando.

Es así como podemos concluir en cuanto al interés, es el elemento que conecta la necesidad humana con un bien (que es el medio) apto para satisfacer esa necesidad. Así mismo, ese interés posee un elemento subjetivo que es el juicio o la valoración que realiza el sujeto de ese bien. Dicho elemento subjetivo se encuentra íntimamente unido a un elemento objetivo posicional que describe el interés como apetito o movimiento de la voluntad hacia su consecución y en donde existe una posición de convergencia de dos o más sujetos con respecto a un bien de la vida, siendo ese interés reconocido y tutelado por el derecho (Morón citado por Gutiérrez, Op. Cit., 45).

B. EL INTERÉS JURÍDICO

El Interés Jurídico viene a ser, la satisfacción particular de la necesidad de un sujeto reconocida por la norma jurídica. A decir de Gutiérrez (Op. cit. ,45), el conjunto de normas que integran el derecho objetivo somete los diversos intereses que se le presentan a criterios de valoración de manera que al

componente fáctico o material del interés, se añade un elemento formal que proviene de la calificación que se hace en dicha norma jurídica. Se atribuye así una esfera de libertad para el titular del interés, un espacio privilegiado de protección del individuo (Bujosa, Op. Cit., 29). El interés Jurídico es el que ha sido considerado relevante por la norma jurídica y al que ésta brinda su protección (interés jurídicamente protegido), por considerar que se adentra en el mundo de lo jurídico y es digno de tutela jurídica.

La norma además de realizar la valoración o juicio de acuerdo a la relevancia jurídica del interés jurídicamente protegido, también los jerarquiza estableciendo cuáles son más dignos de protección que otros y ubicándolos en posiciones de subordinación y prevalencia de unos respecto de otros. Todo ello permite asignar a los sujetos que detentan uno u otro interés posiciones de ventaja o preeminencia frente a otros sujetos.

En el centro de un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas puede hallarse diversas tipologías según la forma en que estos intereses jurídicos sean objetivados en la norma que los reconoce.

En esta situación de conflicto intersubjetivo los intereses que el ordenamiento considera dignos de ser protegidos son tutelados jurisdiccionalmente, por lo cual se va a producir en el caso concreto, una elección entre los intereses que merecen tutela, determinando de manera irrevocable la relevancia del interés jurídicamente relevante y los que no, atendiendo a la objetivación que se ha establecido por el derecho material con carácter estable. (Ibid., 30-32).
Así los intereses jurídicos pueden adquirir la forma de derechos subjetivos, que suele señalarse como el modo más perfecto de formalización jurídica del interés, o simplemente como tales intereses jurídicos protegidos.

6. El Derecho Subjetivo

La doctrina destaca dos elementos constitutivos fundamentales del Derecho subjetivo: el interno, como la posibilidad de hacer o querer (“facultas agendi”), y el externo, posibilidad de exigir de otros el respeto. Es así como Castán (1987, citado por Gutiérrez, 48), considera que el derecho subjetivo es la facultad de obrar válidamente dentro de ciertos límites y de exigir de los demás, por un medio coactivo en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente, otorgada por el ordenamiento jurídico a un sujeto de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines e intereses.

Para Llambías (1980, citado por Ortiz, 2004,431) el derecho subjetivo es la prerrogativa reconocida a la persona por el ordenamiento jurídico para exigir un comportamiento ajeno tendiente a la satisfacción de intereses humanos. En la misma línea apunta Linares quien lo define como la “libertad o facultad jurídica de señorío de un sujeto de exigir o no exigir, administrar y disponer, como titular acerca de la prestación puesta a cargo del sujeto obligado, por una norma jurídica”. Es así como este poder de señorío con las posibilidades ilimitadas que atribuye a su titular no tiene más restricciones que las establecidas en la Ley.

Sin embargo, la concepción tradicional de los Derechos subjetivos presenta una crisis a partir del proceso de socialización que ha caracterizado los últimos tiempos, siendo una de sus principales manifestaciones la aparición de los intereses supraindividuales (colectivos y difusos) cuyo nacimiento, consideración y evolución se produce a partir se la insuficiencia de la

definición de los derechos subjetivos como únicos dignos de protección (Gutiérrez, op. Cit., 48).

Esto es así pues no todos los intereses jurídicos revisten la forma de derecho subjetivo. No hay duda de que detrás de todo derecho subjetivo hay un interés jurídico protegido, pero no todos los intereses jurídicos deben revestir forma de derecho subjetivo. Determinados intereses son objetivados en la norma jurídica como dignos de tutela jurisdiccional sin necesidad de que respondan a la satisfacción de un derecho preexistente.

No todo acto antijurídico o que atente en contra de un interés jurídico comporta siempre contrariedad a un derecho subjetivo, ya que no todos los intereses que merezcan protección jurídica tienen que estar formalizados como derechos subjetivos preexistentes. El daño puede consistir en la privación de un beneficio o en un perjuicio que afecte la lícita esfera de actuación de un sujeto, lo que lleva a la lesión de sus intereses legítimos (Ibid., 49). Al no existir una correspondencia plena entre interés y derecho subjetivo es necesario pasar a establecer las dimensiones de tal interés.

La diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos se encuentra según Zanobini (1947, citado por Ortiz, 2004, 432) en que los primeros estarían protegidos directamente y los segundos sólo “ocasionalmente” o “indirectamente” mientras que Alessi (1953, citado por Ortiz, 2004, 433) se refiere a que el interés legítimo es un interés protegido de forma mediata e indirecta, como garantía de legalidad de la actuación administrativa , donde lo que se genera es una garantía de legalidad , una utilidad instrumental de la que el particular puede esperar un interés, calificada como garantía legislativa de una utilidad sustancial directa e inmediata del sujeto titular.

7. El Interés Legítimo

El concepto de interés legítimo tiene su origen en el Derecho administrativo. Es en Italia en donde se ha desarrollado más esta noción por su relevancia para justificar la separación entre la jurisdicción ordinaria (que conoce de derechos subjetivos) y la jurisdicción administrativa (que conoce de recursos interpuestos contra actos administrativos lesivos de un interés legítimo). En este sentido los doctrinarios italianos valoran la posibilidad de que la protección de intereses difusos o colectivos pueda incluirse en el concepto de interés legítimo como condición para acceder a los tribunales.

Los alemanes, en cambio, establecen una protección general (protección jurídica integral), a través de la Cláusula general de protección jurisdiccional para aquellos que ven lesionados sus derechos, sin hacer distinción entre una u otra jurisdicción, de tal manera que entran a ser protegidos bajo una misma figura los derechos calificados como subjetivos y los intereses legítimos. En este sentido Bachof (1958, citado por Gutiérrez, 1999, 50) indica que a la luz de la Constitución todo interés individual frente al estado, protegido por el derecho objetivo garantizado por el ordenamiento jurídico se transforma en derecho subjetivo. Equiparándose así el concepto de derecho al de situación subjetiva susceptible de ser tutelada.

Así, se trata de un concepto muy discutido, referido en términos generales a un interés individual que se tutela a través del interés público. Para Nigro (1979, citado por Bujosa op. Cit., 35) la tutela del ordenamiento jurídico es una protección ocasional e indirecta, entendiéndose dentro de esa corriente el interés legítimo como un interés instrumental a un comportamiento por

parte de la Administración: sería un interés a la legalidad de los actos administrativos.

Por otra parte siguiendo la concepción de Chiovenda sobre el interés como puro poder de acción, se entiende el interés legítimo como poder de reacción procesal. Actualmente se examina la relación entre la posición y ejercicio del poder administrativo y el interés material del individuo, entendiendo éste último no sólo como límite al poder sino como elemento que contribuye a la determinación en concreto del interés público, ampliando la visión de la tutela del interés.

Bujosa (1995, 36) considera que si se entiende el interés legítimo en relación con un concepto de interés público evolucionado en términos de participación, puede ser útil para la comprensión de los intereses supraindividuales.

En relación con el interés legítimo se han elaborado diversas teorías dirigidas a establecer una distinción con el derecho subjetivo con el fin de delimitar y clarificar ambos conceptos.

Una de las características del derecho subjetivo es la individualidad o estricta exclusividad del interés protegido, frente al interés legítimo que supondría una mera pretensión general de ejecución de la Ley. Zanobini (1947, citado por Gutiérrez, 1999, 91) sostiene que es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propio de su titular y por esta razón protegido de modo directo e inmediato. En esto se distingue del interés general pues éste busca la satisfacción de intereses generales, produciéndose la tutela individual sólo como consecuencia de la protección de éste último.

Es así que el interés legítimo ha de concebirse como una situación jurídico material tutelada directa o indirectamente por la norma jurídica, que se concreta en una facultad reaccional o impugnatoria que se otorga a su titular en caso de que aquella sea lesionada por una actuación antijurídica o cuando indirectamente pudiera verse afectada por la actuación del Estado o de un particular. De tal forma que podemos considerar como aspectos resaltantes del Interés legítimo los siguientes:

a) Es una situación subjetiva con relevancia jurídica. Algunos han calificado el interés legítimo como un derecho potestativo, cuya existencia y relevancia jurídica está condicionada a la existencia de una agresión, sin embargo Gutiérrez de Cabiedes ha indicado que ha de considerarse el interés legítimo como una esfera de interés protegido del sujeto que goza de relevancia jurídica desde el inicio y que existe con anterioridad a la producción del acto lesivo.

En nuestro criterio, consideramos que el derecho no nace con el acto lesivo, pues ello sería aceptar que el sujeto no posee ese derecho con anterioridad a la existencia de la lesión; por el contrario, el derecho debe preexistir dentro de la esfera particular del individuo lo que le concede la capacidad de reaccionar o impugnar el acto dañoso en garantía del mismo.

b*)* Es una situación jurídico-subjetiva material de favor como fundamento de la pretensión de tutela jurisdiccional, al ser una situación sustantiva de Tutela.

c) Goza de una facultad instrumental de reacción reconocida por la norma a quien resulte lesionado en su esfera de intereses protegidos por una agresión ilegítima. En su origen administrativo de una facultad de anulación

de la actuación administrativa contraria a derecho, pero perfectamente extensible al Derecho privado.

No debe concebirse como una situación inactiva que sólo se pone en movimiento en presencia de una situación que amerite una respuesta, tal como habíamos anotado antes. Por tanto dentro de esta postura no debe pensarse en el interés legítimo como un interés individual vinculado al interés público y protegido solamente a través del ordenamiento jurídico a los efectos de que su titular accione en defensa de la norma lesionada.

La Jurisprudencia española ha considerado que el Interés legítimo no se trata necesariamente de un interés personal (exclusivo) ni directo por lo que puede apreciarse la existencia de un interés legítimo incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja (STS 24 de septiembre de 1992). Así, si bien no cabe confundir los términos de interés y derecho “gramatical y jurídicamente diferenciados” no existe interés legítimo “cuando la resolución que se postula no es capaz directa o indirectamente de favorecer de algún modo al reclamante”. Por eso no basta, por regla general para estar legitimado, un interés en defender meramente la legalidad (Gutiérrez, 1999,55).

El interés legítimo se diferencia del interés simple porque en éste hay una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga protección, el interés es común a todos los habitantes, sin distinciones definidas; más concretamente podríamos decir que hay un interés general en la legalidad de la actuación de la administración. En cambio, en el interés legítimo se requiere que el individuo tenga un interés personal y directo, otros autores son de la opinión que el interés legítimo debe pertenecer a una categoría definida y limitada de individuos, tratándose en definitiva de las

consecuencias que la inobservancia de la legalidad puede traer a los ciudadanos.

Es por ello que García de Enterría (1996, citado por Ortiz, 2004, 437) señala que el interés legítimo es un tipo específico de derecho subjetivo, con la diferencia de que en el derecho subjetivo se requiere de la atribución expresa, mientras que en el interés legítimo supone la permanente posición de un individuo que se ve afectado por la actuación de los órganos del poder público.

Puede afirmarse si queremos hallar la esencia de este concepto que "legitimidad" equivale a "juridicidad". El interés legítimo se sitúa como una de las diversas formas de concretarse las situaciones jurídicas subjetivas surgidas de la relación entre la norma jurídica y el individuo; entendiéndose "legítimo", simplemente, como protegido por el ordenamiento jurídico o como conforme a Derecho. Así, los intereses legítimos no serían más que aquellos que son aceptados por el ordenamiento jurídico como dignos de tutela, aún de forma indirecta o refleja. (Bujosa, 1995, 36).

C. EL INTERES PÚBLICO Y EL INTERÉS PRIVADO

Para María del Pilar Hernández (1997, 10), intereses Públicos serán aquellos y sólo aquellos que con tal naturaleza sean definidos por la norma, que los determina con tal carácter por considerarlos directamente referibles al Estado, y a la colectividad de los ciudadanos, en el entendido de que llevan de implícito un bien valioso y digno de ser protegido para la correcta convivencia de aquel con éstos.

Aunque se ha intentado asimilar la expresión “interés público” a “interés general”, según lo indicado por la referida autora, debido a que en el orden institucional en que el interés público se homologaba al interés general -interés de una clase-, el pensamiento individualista de la sociedad y de la propiedad de los medios de producción , impulsaban a considerar que el interés podría ser protegido sólo en el momento en que surgía diferenciándose de la masa o conjunto de las situaciones subjetivas, de la generalidad de los sujetos que, respecto del interés público se concretaba en el procedimiento administrativo, permaneciendo totalmente indiferentes: así el interés individual se diferencia del interés público (Hernández, 1997, pág.86).

Interés general no es en sí interés público: puede ser síntoma de la existencia de un interés público, o del hecho de que probablemente, primero o después, pueda asumir este carácter. Por otra parte, mediante la caracterización de los intereses como públicos o generales (esto es, que atañen a todos los miembros de la colectividad, a cuyo ente exponencial está imputada la tutela del interés y que por lo tanto deviene público), no es posible definir las posiciones de los sujetos y del ente; la forma como debemos operar es particularizando una diversidad de modalidades y caracterizaciones de los mismos intereses dependiendo de la relación en la que esté con el interés del ente, o al interés de los sujetos.

Sin embargo, no obstante la asimilación entre interés general e interés publico veremos que existen diferencias palpables entre uno y otro.

Gutierrez de Cabiedes (1999, 58) al tratar de establecer la diferencia entre interés general y público señala a ambos como referidos a un mismo fenómeno, si bien debe advertirse que cada uno de dichos calificativos

contempla o hace hincapié en facetas diversas de la situación a la que aluden. Para este autor, el término general incide en la idea de que el interés tiene una trascendencia global para la comunidad social. El público, en cambio, pone el énfasis en la asunción de su gestión y defensa por el Estado (sus diversas administraciones y órganos), precisamente por la obligación y natural misión de los poderes públicos de procurar y defender los intereses que adquieren la relevancia descrita.

El interés general nos refiere la idea de que el interés tiene una trascendencia global para la comunidad social. El interés público se encuentra ligado a la asunción de su gestión y defensa por el Estado (sus diversas administraciones y órganos). Ambos intereses van a coincidir en su significado y contenido, en la sociedad o en los poderes públicos. Sánchez Morón (1995, citado por Gutiérrez, op. Cit., 57) señala que por interés público hay que entender, en principio, lo que afecta o interesa a la generalidad, es decir, lo que afecta al común de los ciudadanos que componen una comunidad política. Es el interés de esa comunidad, organizada políticamente. Desde el Punto de vista subjetivo se entiende por interés público "aquél cuya gestión y tutela está encomendada, directa o indirectamente, a los poderes públicos" (Ortiz, 2004, 438).

En definitiva podemos entender el interés público o general como la relación entre la comunidad política y sus necesidades generales o colectivas, al cual el estado (como personificación jurídica) debe atender utilizando su poder de imperio y bajo relaciones de subordinación (Op. Cit. 438).

La Jurisprudencia venezolana, por su parte, ha hecho una equivalencia entre "interés público" y "orden público".

> El Orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica..(…) En la sentencia 1689 de 17 de Julio de 2002, la sala había indicado que el concepto de orden publico, a los efectos de la excepción al cumplimiento de ciertas normas relacionadas con los procesos de amparo constitucional, se referían a la "amplitud en el que hecho supuestamente violatorio de allí que en casos en donde un presunto agraviado alega que un hecho, actuación, omisión o amenaza ocasionó una supuesta violación constitucional a su persona, sólo se consideraría de orden público a manera de la excepción de las normas procedimentales de los juicios de amparo, *cuando el tribunal compruebe que en forma evidente, y a consecuencia del hecho denunciado por los accionantes, se podría estar infringiendo igualmente, derechos o garantías que afecten a una parte de la colectividad diferente a los accionantes o al interés general,* o que aceptado el precedente resultaría una incitación al caos social, si es que otros jueces lo siguen. (T.S.J. Justicia, Sala Constitucional: Sentencia 16-09-2002 (Pedro Vivas González vs Juzgado Décimo de primera Instancia del Trabajo de Caracas) Ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz).

Se ha tratado por otra parte, definir el interés general o público estableciendo una relación con la separación teórica entre Estado y sociedad, base del constitucionalismo liberal y de la División de Derecho Público y privado que tiene su origen en el Derecho romano. De esta manera se dividían los intereses privados individuales por un lado y el interés público o interés general por el otro. Ambos conceptos, interés público o interés general llegaron a equipararse formando una unidad, operando como cláusula general de legitimación de la acción de los poderes públicos. (Gutiérrez, op. Cit., 58).

Hoy en día esta contraposición ha sido cuestionada, ya que como consecuencia de la burocratización a nivel socio-económico y del intervencionismo estatal los intereses privados comenzaron a actuar públicamente habiéndose producido una pluralización de los intereses institucionalizados como públicos. Pudiendo actuar pluralidad de sujetos públicos en defensa de intereses múltiples, no sólo distintos, sino que en ocasiones contrapuestos colocados entre sí en relación de coordinación o de conflicto, de subordinación o de primacía, lo que constituye según Giannini la "heterogeneidad de los intereses públicos". (1970, citado por Gutiérrez op. Cit. 1999, 58).

Para Ortiz (2004, 441), se puede considerar que un concepto de interés privado sería la relación entre las necesidades individuales y colectivas donde priva las relaciones de igualdad o de coordinación, aunque el estado intervenga en ellas, tutelado además por el ordenamiento jurídico.

El interés singular o individual supone la satisfacción de una necesidad con respecto de una o varias personas en relación con sus respectivas situaciones jurídicas, en cuyo caso, la "pluralidad" de personas lo es sólo en relación con un elemento de conexidad de los resultados de la satisfacción.

Se trata de un interés personal lo cual no implica, el interés exclusivo de una persona, sino de un interés relativo a situaciones jurídicas particulares, a las cuales pueden estar ligados los intereses de varias personas.

D. LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES.

De la división tajante entre lo público y lo privado se ha llegado a la inserción gradual cada vez mayor de ambos planos. Del interés jurídico personal y directo se ha evolucionado al interés jurídico transpersonal o supraindividual.

Para abordar el tema de los intereses colectivos y Difusos, no parece suficiente la utilización de las herramientas de análisis con las que se aborda el estudio del "proceso tradicional de tutela de los intereses privados". Hasta hace poco nos encontrábamos bajo un esquema que buscaba la protección de intereses (o bienes jurídicos) individuales que, como su denominación lo indica, afectaban al individuo *individualmente considerado*, a intereses que podían protegerse a través del clásico-tradicional sistema del proceso *de dos partes*, donde cada una de ellas busca solucionar "su" problema particular. (Palomo, 2003, 187-201).

Nos encontramos ante la inminente necesidad de reconocer en el orden positivo derechos e intereses que van más allá de los públicos o privados, sin que ello se quede en el aspecto material o puramente sustancial. Se trata pues, de que además de la protección de las normas materiales se prevean mecanismos procesales idóneos para obtener la protección efectiva de estos derechos.

El Tribunal Constitucional español al sentar criterio sobre el "interés común" ha dicho :

> […] "dentro de los supuestos de atención a los cuales se establecen por el Derecho las acciones públicas se encuentran los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de

> satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común. Esta solidaridad e interrelación social, especialmente intensa en la época actual, se refleja en la concepción del estado como social y democrático de derecho que consagra la Constitución (artículo 1.1.), en el que la idea de interés directo, particular como requisito de legitimación, queda englobado en el concepto más amplio de interés legítimo y personal, que puede o no ser directo, como ya indica la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 11 de octubre de 1982 (número 60/82 "Boletín Oficial del Estado" de 17 de noviembre). Sentencia 62/83 STC español citada por Bujosa, 1995,67).

A pesar de que en países como España la dimensión social de estos intereses supraindividuales viene reconocida a nivel constitucional al establecerse en su normativa la existencia de un estado social y democrático de derecho (art.1.1. y 9.2 de la Constitución Española) sin embargo se encuentran con regulaciones en las normas procesales dirigidas a los esquemas del estado liberal en el que existían relaciones entre la posición individual y la pública, pero sin mayores intermediarios sociales (1995, Bujosa, 58).

En Venezuela, el estado se propugna como social de Justicia y de Derecho en el artículo 2 de la Constitución (art.2 CRBV). De la misma manera, la Sala Constitucional del TSJ, estima que los intereses colectivos y Difusos pertenecen a la categoría de "interés social". (TSJ. Sentencia 30 de Junio de 2000 citada por Ortiz, 204, 595).

Por otra parte, los intereses colectivos y los intereses difusos son conceptos diferentes, a pesar de que el Constituyente de 1999 parece identificarlos, por cuanto el artículo 26 de la Constitución hace referencia expresa a los intereses colectivos "*o*" difusos. Ni la referida disposición constitucional, ni la Exposición de Motivos, aclaran el asunto. Tal como sostiene VILLEGAS (2000, 5) "*se puede distinguir perfectamente lo colectivo de lo difuso*"; en todo caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de precisar estas nociones identificando a los intereses colectivos con el que tiene un grupo de personas determinadas, mientras que el interés difuso hace alusión a un grupo indeterminado de personas.

Resulta claro que se presentan inconvenientes cuando se constata la presencia de intereses distintos del interés individual y del interés público que niegan la única y exclusiva existencia de los anteriores como únicas formas de presentación del interés.

Surge por ello, la necesidad de una definición jurídica que nos permita identificar un término que abarque los posibles tipos de intereses que no sean estrictamente individuales, ni públicos o sociales.

La comprensión de los intereses Supraindividuales, comienza pues por distinguirlos de los Intereses Individuales. En este sentido Ortiz (op. cit., 593) entiende por *interés individual o singular* aquella relación de necesidad que un sujeto (público o privado) individual o conjuntamente con otros (litisconsorcio) aduce frente a otro sujeto (público o privado) o sujetos (litisconsorcio) y cuya satisfacción se dirige al sujeto o sujetos involucrados. Sabemos que el interés individual puede pertenecer a varias personas (cuando éstas demandan la nulidad de un acto administrativo que los afecta por igual), o cuando varias personas convergen en el mismo interés privado

frente a otra u otras. Se trata de los supuestos de los conflictos plurales que se resuelve en la suma de los intereses individuales, y procesalmente puede dar lugar a una simple acumulación de pretensiones. De la misma manera, para este autor el Interés Supraindividual es la especial vinculación que existe entre varias personas en razón de una necesidad que le es común sea por pertenecer a un mismo grupo o clase (interés colectivo), o por encontrase o poder encontrarse, en un momento dado, en una misma situación jurídica (interés difuso).

Los intereses supraindividuales suponen la satisfacción de un interés de varias personas relacionadas por una especial circunstancia fáctica que va más allá de la conexidad jurídica-procesal y se inserta en la participación ciudadana en los intereses colectivos y difusos.

Carnelutti nos explica que existen intereses de grupo cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad no puede determinarse sino respecto de varios individuos a la vez, o en otros términos: cuando la situación favorable a cada uno para la satisfacción de una necesidad suya no puede determinarse sino junto a otras idénticas situaciones favorables de los demás miembros de un determinado grupo.

Una de las principales dificultades que se nos presenta al manejar estos intereses es el de la falta de homogeneidad o univocidad en cuanto a los términos y conceptos en esta materia, puesto que un mismo vocablo se utiliza con significados muy distintos y atendiendo a diversas realidades. Bujosa indica a este respecto:

> Esta cuestión revela la inconcresión en la que se encuentra esta noción. La propia existencia incluso de una categoría

> independiente de posiciones subjetivas materiales, intermedias entre las situaciones individuales (ya sea derecho subjetivo, ya sea interés legítimo) y el interés público, se pone en discusión. Aún más, incluso en caso de que se determinen los límites que permitan identificar estos intereses, surgen dificultades adicionales pues éstos no hacen referencia a situaciones homogéneas, agrupables en una única subdivisión, sino a diversos tipos de intereses, identificables con algunos de los adjetivos antes enumerados, pero también difícilmente diferenciables pues no existen criterios de distinción ampliamente aceptados (Op. Cit, 60).

En cuanto al problema de la terminología la variedad de vocablos utilizados para denominar estos intereses por la doctrina tales como : “intereses de grupo, intereses colectivos, intereses difusos, intereses sociales, intereses de serie, intereses de sector, intereses de categoría, intereses difundidos o propagados, intereses profesionales, intereses fragmentarios, intereses sin estructura, *interessi adesponti* (sin dueño, anónimos), intereses supraindividuales, intereses superindividuales, intereses de clase, intereses dispersos, no se ha establecido distinción entre tales expresiones considerándolas sinónimas (Ibíd., 59) .

No existe verdadero consenso de la doctrina al intentar definir y dar nombre a estos intereses. Por lo general se habla de intereses Difusos y/o Colectivos. En algunas ocasiones se hace mención de uno sólo de estos términos, y en otras se emplean ambos sin distinguir entre ellos, como sinónimos, o estableciéndose una diferenciación en criterios dispares. Así, al emplearse uno sólo de estos términos, o no se contemplan la totalidad de situaciones que ha de tenerse en cuenta en esta problemática reduciéndola a tan sólo uno de los subtipos existentes, o se utiliza un vocablo parcial (o ambos indistintamente) con el fin de referirse a la generalidad de situaciones alusivas al fenómeno global, con lo que se oscurece y difumina el

significado propio del concepto o conceptos empleados. Algunos opinan que debiera emplearse un término para referirse al fenómeno global, a la totalidad de situaciones de naturaleza común, es decir "supraindividual", y otros más restringidos tales como "difusos o colectivos", cuando quisiera hacerse mención a las especies de éste género, o a sus diversos tipos.

En otros casos, la doctrina ha establecido distinciones y diferencias encontrándonos con criterios muy diversos entre sí en los cuales no se ha unificado aún una posición clara, definida y unánime.

A los efectos de nuestro estudio, en cuanto a estos intereses, sin entrar en detalles acerca de la problemática de las diversas locuciones que la doctrina ha utilizado para designarlos, diremos que nos parece lo más acertado acogernos la denominación de "intereses supraindividuales" para referirnos al género e "intereses colectivos y difusos" a la especie. El primero por ser un término más amplio para referirse a la totalidad de situaciones posibles y los segundos debido a que así se conocen en muchas legislaciones; de manera especial en nuestro país el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela así los reconoce y con los mismos términos los denomina por lo que entraremos más adelante a establecer su significado y distinción.

Gutiérrez hace hincapié en la necesidad de utilizar el término "interés" para referirse a los intereses colectivos y difusos y no el de "Derecho" para calificar las diversas situaciones a las que se refiere, puesto que la mayoría de la Literatura habla de Interés , si bien se utiliza la expresión "derecho" de manera alternativa, ello obedece -siguiendo lo señalado por Sgubbi- a que el término "derecho" es impreciso y equívoco pues la envoltura técnico-jurídica de tales situaciones o aspiraciones no puede ser la del derecho

subjetivo. Así mismo, Recchia considera que el término “derecho” es sinónimo de situación jurídica subjetiva constitucionalmente protegida, por lo que no puede identificarse en términos normativos el concepto de “interés” y el de “necesidad”, ya que no siempre los intereses dirigidos a satisfacer “las necesidades de las colectividades “ son consideradas como relevantes a nivel constitucional.

Al entrar a establecer su caracterización jurídica algunos autores han intentado ubicar a los intereses supraindividuales en el campo del derecho subjetivo sobre la base de una concepción netamente individualista como forma de protección jurídica, lo que en definitiva no ha sido aceptado por ejemplo, en lo que se refiere a la temática ambiental, encontrándose con dificultades respecto a la construcción de derecho del medio ambiente como un derecho subjetivo, ya que la categoría de derecho subjetivo tiene un marcado acento individualista que toma como arquetipo los derechos de propiedad, mientras que el derecho ambiental tiene un sustrato netamente colectivo (1991, Martín, citado por Gutiérrez, op. Cit. 96).

Sin embargo, no se han presentado las mismas dificultades cuando se ha intentado asimilar los intereses supraindividuales a verdaderos intereses legítimos, siempre y cuando el contenido de ese interés no vaya dirigido al aspecto estrictamente individual y se abra un espacio en el que contengan también las actuaciones supraindividuales. En este sentido nos indica Gutiérrez que “Es preciso por ello negar la premisa mayor de muchos de los planteamientos, que lo consideran como interés esencialmente individual, de lo que no puede derivarse otra conclusión sino que el interés supraindividual, no solo no es interés legítimo, y por lo tanto tutelable, sino que es precisamente su antítesis Y es que “No exclusividad” no debe equipararse

directamente a “no propiedad” (en el sentido de cualidad de ser propio) , es decir, a no personalidad”.

El reconocimiento de los intereses colectivos por vía normativa y jurisprudencial ha permitido la ampliación de los intereses legítimos. Los intereses supraindividuales han pasado de ser meros intereses de hecho a configurar situaciones jurídico-subjetivas activas de la misma naturaleza que cualquier otro interés legítimo, con la diferencia de que no se trata de situaciones jurídicas individualizadas o exclusivas.

El Tribunal Constitucional Español ampliando el concepto de interés legítimo ha señalado que “este interés legítimo real y actual puede ser tanto individual como corporativo o colectivo y que también puede ser directo o indirecto, en correspondencia con la mayor amplitud con la que se concibe en el texto constitucional la Tutela Judicial (STC 195/1992 de 16 de noviembre). Otras resoluciones (STC 62/1983,11 de Junio) han puesto de relieve que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común, sostiene simultáneamente un interés personal.

De todo ello se entiende que el hecho de que el interés colectivo o difuso sea compartido no impide que el derecho que sostiene aunque no exclusivo, le sea propio, ejerciendo así un derecho personal. Una característica que se deriva de la especificidad de estos intereses.

3. Naturaleza de los Intereses Supraindividuales.

Al estudiar la naturaleza de los Intereses Supraindividuales debemos destacar las diversas posiciones doctrinarias que se han mantenido a este respecto. Se han destacado tres posturas fundamentales:

En primer lugar aquellos que han considerado que los intereses supraindividuales son una suma de intereses individuales, es decir una multiplicidad de intereses distintos. Esta posición niega relevancia al ámbito colectivo o social, concepto liberal que concibe al individuo de toda relación social, considerando las posiciones subjetivas de carácter individual como únicos intereses posibles. En definitiva se priva de autonomía conceptual a la noción de interés supraindividual.

En segundo lugar se encuentran quienes en una postura contraria conciben al interés supraindividual como un solo interés, ***es la posición unitaria del interés*** en el que no se distinguen posiciones individualizables. Esta noción se consolida a partir de la segunda mitad de los años veinte en Italia en medio de organizaciones de trabajadores y la misma liderada por Passareli sostiene que el bien que va a satisfacer la necesidad colectiva es indivisible. Han sido seguidores de esta concepción Carnelutti, Berti y D' Onofrio, éste último considerando que existen derechos como el de acceso a la radiotelevisión que no son tutelables como derechos individuales, sino, de forma significativa, como derecho del grupo, entendido como síntesis y no como yuxtaposición de intereses.

Bujosa (Op. Cit., 261) ha considerado que los intereses de la colectividad pueden asimilarse a intereses colectivos o supraindividuales al indicar:

> […] cuando se trata de unos intereses de grupo de contenido más difuminado, referidos a intereses indivisibles, no existen

> posiciones individuales tan claras como en el caso anterior, el individuo se encuentra en una posición de ventaja sólo en cuanto miembro de tal grupo, no por tener una relación directa con el bien de que se trate, no por estar afectada concretamente su esfera vital de intereses directos. En este último caso se trataría de una titularidad mediata del individuo, mientras que el titular directo sería la colectividad considerada en su conjunto.

Sin embargo, no puede asimilarse, como algunos autores han expresado el interés de la colectividad a un interés colectivo en sentido estricto, ni a un auténtico interés supraindividual, puesto que el término se dirige fundamentalmente al interés general encomendado a la Administración, del que ya hemos hablado anteriormente y en consecuencia no se relaciona con posiciones particulares compartidas en un grupo más o menos determinado de personas. Dicha concepción puede dar lugar a que se concluya erróneamente que el interés de la colectividad es colectivo y por tanto un interés público, lo cual vendría a desdibujar el auténtico interés supraindividual.

Gutiérrez (op. Cit. 77) ha sostenido que la concepción unitaria del interés no puede equipararse al del interés público. El autor nos amplía esta postura al opinar en relación al grupo como protagonista natural del fenómeno supraindividual que aunque los que comparten un interés constituyen una cierta colectividad, comunidad o grupo diferenciado y dotado de cierta identidad a nivel sociológico, no puede derivarse de ello el que “la colectividad”, entendido como algo autónomo y distinto de sus miembros pueda ser considerado, en sentido técnico, titular de interés. Y concluye diciendo que se puede hablar de un único interés sólo en sentido traslaticio, para reflejar la comunidad de la aspiración y significar la relevancia de su dimensión, colectiva.

Surge así el problema de la subjetivación de los intereses supraindividuales en el que se trata en esencia de determinar si el interés es atribuible al individuo. Con este fin Nigro, (1987, 15) nos habla de las dos caras del interés difuso señalando que si bien existen rasgos del interés que destacan su consistencia objetiva, debe también llevarse a cabo una adecuada consideración de su perfil subjetivo. Para Nigro, la posición de los sujetos no puede ser idéntica, porque las diversas posiciones que los particulares establecen respecto al bien no son irrelevantes desde el punto de vista jurídico sino que influyen sobre la relación que se establece entre ellos, por lo que es imposible afirmar que el interés supraindividual es un solo interés, sino que existe heterogeneidad del conglomerado que forma e grupo social (Díaz, 1987, 86).

Finalmente, podemos concluir con algunas características del interés supraindividual en la cual se encuentra de acuerdo la doctrina y que nos parece interesante resaltar:

1) El Interés supraindividual si bien refleja una posición o aspiración común compartida por un grupo de sujetos con relación a un mismo bien está constituido en realidad por un conjunto de situaciones jurídico-subjetivas, cada una de las cuales, en su génesis es personal. (Gutiérrez, op. cit., 78)
2) No es que existan posiciones subjetivas, sino que una posición subjetiva está “por lo que se refiere a sus señas y objeto difundida”. La Difusión de un interés no significa que haya sujetos que sustenten su titularidad. (Nigro, op.cit.,15)
3) No se trata de intereses de los que no sería posible una individualización, sino intereses a los que el ordenamiento jurídico, por el peculiar carácter que los distingue, reconoce un papel

predominante, globalmente considerados, es decir, unificados , en la figura del interés colectivo y no porque singularmente carezcan de relevancia Jurídica, sino porque su unificación los hace apreciables bajo una óptica diversa, que explica la particular consideración y tutela a ellos reservada por el derecho (Piraino, 1979, 217).

4) El interés supraindividual se fragmenta –y ese es su contenido y consecuencia jurídica- en una pluralidad (que puede llegar a ser indefinida) de situaciones subjetivas referidas a sujetos particulares (Gutiérrez, op. cit., 79).
5) No son intereses estrictamente individuales, ya que no son posiciones subjetivas exclusivas, sino que dan lugar a situaciones jurídicas análogas, compartidas, cualitativamente iguales, coincidentes con otras de igual contenido, que hacen referencia a diversos sujetos, unidos por el mismo fin. Dicho fin es perseguible por cualquiera de ellos de manera autónoma, sin requerir la presencia ni el consenso de los demás, pues se actúa, en realidad, por una necesidad –y un interés- propio de cada sujeto, aunque su consecución no pueda sino satisfacer también a los demás sujetos que tienen ese mismo interés, esto es, una necesidad referida al mismo bien conseguido.
6) Puede decirse que el interés es referible a la colectividad, pero también al individuo, a quien se protege, no como tal , aislado y único titular de una posición subjetiva exclusiva, sino en cuanto miembro de esa colectividad, esto es, en virtud de su pertenencia a la misma.

La tercera posición o tercera vía se ha denominado por la doctrina "*tertium genus"*. Es una posición intermedia entre las dos anteriores para la cual el interés supraindividual es una cualificación de intereses individuales que les hace elevarse a una dimensión superior a la estrictamente individual (Gutiérrez, op.cit., 73).

4. Naturaleza Pública o privada

Otro punto relativo a la naturaleza de estos intereses (supraindividuales) está dado por la discusión en torno a su carácter público o privado. Nuevamente aquí los moldes tradicionales son rebasados y se muestran insuficientes para explicar la nueva realidad. Ello se explica en forma simple: el ámbito en el cual se desarrollan estos intereses no es ni el público ni el privado en sentido puro o estricto. Encuentran sitio en un nivel o posición que podría denominarse *"intermedia"*, lo que no poco tiene que ver con las organizaciones que son sus naturales titulares (o "naturales portadores"), por ejemplo, las organizaciones de defensa del medio ambiente.

Respecto a si los intereses colectivos y difusos surgen y se desarrollan en un ámbito público o privado, tenemos diversas posiciones de la doctrina que lo encuadran tanto en una esfera como en la otra e incluso en una tercera tendencia:

a. Para los que consideran que los intereses colectivos y difusos se circunscriben al ámbito privado, consideran que son éstos utilizan el término supraindividual para significar que aún siendo un interés distinto del individual, son de por sí privados y no públicos.

b. Existen dos motivos por los cuales se han asimilado los intereses colectivos y difusos a al interés general o público: En primer término debido a razones terminológicas, pues al comenzar a hablarse de intereses colectivos primero y luego de los difusos, sólo eran considerados los intereses individuales frente a los públicos y por ello estos intereses colectivos y difusos se encuadraron dentro de la categoría del interés

general y por ende de lo público. En segundo lugar, hay una razón conceptual en la cual la noción de daño formulada por la Corte dei Conti Italiana según la cual la lesión de tales intereses constituye un daño al Estado, debido a la gestión por parte de la Administración de los bienes colectivos, lo cual se traduce en una legitimación pública y la negación de tal legitimación a los sujetos privados. Para los que sostienen esta postura los intereses supraindividuales son en realidad el interés público o general que pertenece a la colectividad organizada expresada en el ente público y cuya tutela está confiada al ente público cuyo fin institucional es dicho interés, por lo que no podría confiarse la defensa de tales intereses a sujetos no públicos.

c. La tercera tendencia doctrinal es la de quienes sostienen que el interés supraindividual ocupa una posición intermedia entre lo público y lo privado existiendo la mayoría de la veces una acercamiento más a lo privado que a lo público. El debate se desarrolla en relación a si constituyen una categoría nueva en respecto de las ya consolidadas (por un lado, las de carácter individual –derecho subjetivo e interés legítimo- y por otro, la categoría del interés público), es decir, si se integran en esta estructura como un *tertium genus* (tercer género) intermedio, o si por el contrario se adaptan a esa bipolaridad ajustándose a las situaciones de ventaja ya conocidas (Lujosa, op. Cit., 87). El considerar estos intereses como un *tertium genus* para algunos autores se encuentra vinculado al hecho de encontrarse relacionados con un bien no susceptible de apropiación y goce exclusivos, situándose entre los intereses privados ocupando cada miembro una posición indiferenciada respecto a la colectividad de sujetos interesados en el disfrute del mismo bien.

A los efectos de determinar su naturaleza pública o privada Gutiérrez (op.cit. 84) acota que es necesario analizar dos aspectos fundamentales: en primer lugar la de si los intereses supraindividuales son intereses públicos o privados, que es un problema de titularidad y subjetivación de los intereses. En tal sentido y en un esfuerzo de distinguir entre los intereses supraindividuales y los intereses públicos tenemos dos puntos de vista: el objetivo y el subjetivo. Según el criterio objetivo, en orden al ámbito de extensión de los intereses, en principio, en el interés supraindividual –difuso- se da una atribución a comunidades más pequeñas que la comunidad general, pero puede darse el caso de que la categoría de sujetos llegue a coincidir con la comunidad general, situación en la cual se produce una confluencia de intereses de naturaleza distinta. Tal criterio ha llevado a la doctrina a opinar que ambos intereses no pueden distinguirse por su objeto que está siempre constituido por bienes de relevancia general (Denti, 1983, 307).

No siempre y necesariamente la pluralidad o grupo de sujetos a que se refiere el interés difuso ha de estar formada por todos los ciudadanos miembros de la sociedad o comunidad política. Tampoco el bien objeto del interés ha de alcanzar siempre una relevancia general; lo que ha de ser es un bien susceptible de goce y disfrute múltiple, compartido, esto es, no apropiable de modo exclusivo.

d. Desde el punto de vista subjetivo en el interés difuso se daría una dimensión personal que no se da en el público, una posibilidad de fragmentación. De los intereses Difusos emana el reconocimiento de situaciones subjetivas atribuibles a individuos y organizaciones, incluso cuando la pluralidad en que se reconoce el interés sea tendencialmente coincidente con la totalidad de los ciudadanos y aún cuando, por esto último

pueda darse el caso de que un ente público asuma la defensa del bien objeto de ese interés como función propia, conjuntamente con ello permanecería un espacio para su atribución a sujetos privados que podrían gestionar el bien y proceder a su tutela también individualmente, es por ello que son intereses abiertos a la participación . En el caso de que el Estado por la relevancia jurídica de la Situación de la que se busca su Tutela decida asumir como propia de manera conjunta con los particulares.

Longo (2006, 111) por su parte, señala que se trata de una dicotomía del Interés en donde, por una parte hay un interés que ha sido explícitamente asumido como bien tutelable por órganos del poder público, entes asociativos con fines públicos o asociaciones privadas, de naturaleza colectiva, dado que el interés cuya protección se pretende ha alcanzado socialmente un nivel institucionalizado; y otro tipo de interés que se publicita en un momento dado y que alcanza proyecciones transpersonales, sobrepasando en su impacto o efectos, incluso, a las asociaciones o entes que se ocupan institucionalmente de otros intereses.

5. Dimensión social de los intereses Supraindividuales

Puede decirse que el ámbito en el que estos intereses se desarrollan no es ni el puramente privado, ni el público en sentido estricto. Es un nivel “intermedio” entre lo público y lo privado (Gutiérrez, op.cit. 87) en el que confluye la sociedad como cuerpo y los individuos cuando éstos quieran actuar por su cuenta. Ihering (1877, citado por Gutiérrez, 1999, 88) lo reflejó en su clásica división de los intereses en individuales, sociales y públicos.

Son intereses que originariamente son personales, pero que, por ser compartidos, comunes, no exclusivos, adquieren una relevancia superior, desde el punto de vista de su desenvolvimiento, siendo asumidos por personas u organizaciones sociales que los hacen valer puede decirse, en cuanto a los intereses difusos, que son intereses privados de naturaleza colectiva.

María del Pilar Hernández (1997, 79) explica que el punto necesario de partida para el estudio de las situaciones calificadas bajo esta teoría es la consideración de que tales fenómenos supraindividuales se encuentran presentes en el texto normativo constitucional. De esta manera la Constitución realiza un tratamiento equiparable al de los individuos superándose la concepción del Estado respecto a las formaciones sociales intermedias. Tales previsiones no pueden ser interpretadas sólo en el sentido de garantizar una tutela del individuo en las formaciones sociales, sino garantizando las mismas formaciones sociales y formación de entes colectivos o asociaciones.

Antes de entrar a establecer una distinción entre los intereses colectivos y Difusos resulta necesario partir de las diversas elaboraciones doctrinarias y criterios utilizados a los efectos de fijar un perfil de cada uno de estos intereses. Como síntesis de estas posiciones doctrinarias, haremos un cuadro descriptivo de lo que han sostenido diversos autores en esta materia para ofrecer un panorama general de la problemática planteada.

6. Cuadro comparativo de los conceptos en materia de intereses colectivos y difusos.

Autor	Interés Difuso	Interés Colectivo	crítica
Recchia	Comunidad determinable de personas	Colectividad existente, en "estado difuso	Utiliza los conceptos a la inversa.
De Vita	Estadio más fluido de la realidad plurisubjetiva, extendida hasta coincidir con toda la sociedad.	Fluidez en el proceso de agregación según que la comunidad de personas esté genéricamente organizada y sea identificable.	
Giannini	El sujeto exponencial carece de portador (desecha para éstos el calificativo de Difusos denominándolos *adespoti*)	Criterio puramente subjetivo, el de su portador. Tienen como portador o centro de referencia un ente exponencial de un grupo no ocasional.	No puede considerarse como único criterio de identificación de los Intereses colectivos el subjetivo (grupo organizado).
Vigoriti	No existe organización, los intereses están aún atomísticamente considerados y carecen de los instrumentos para una valoración unitaria.	Debe existir una organización como elemento esencial como la expresión de la estructura unitaria del colectivo.	Los intereses sean difusos puede existir una organización para su defensa, que hace que éstos adquieran una dimensión supraindividual.

Cuadro No. 1. Conceptualización Intereses Colectivos y Difusos

Siguiendo la distinción que hacen algunos autores en cuanto al interés colectivo y Difuso, podemos observar que ella se realiza de acuerdo a criterios diversos y por lo general disímiles, de manera que constatamos hasta qué punto la Doctrina no ha logrado un acuerdo unánime en cuanto a la definición de estos intereses.

Comenzaremos por destacar de acuerdo a los autores los criterios diferenciadores así como las semejanzas existentes a los efectos de delimitar el concepto de cada uno y extraer sus características más importantes.

Recchia (1976, 38-39), dice que los sujetos titulares del interés difuso pueden pertenecer a una comunidad bien determinable. El interés colectivo, es expresión de una colectividad existente, en "estado difuso", compuesta por una serie abierta e indeterminada de sujetos que tienen un interés común que satisfacer. Aunque este autor utiliza los conceptos de manera inversa a la correcta, su elaboración ha dado pie a la doctrina para establecer una distinción entre estos tipos de intereses.

De Vita (1976, 350-351), opina que la fórmula "interés difuso" se encuentra referida no tanto a una comunidad de personas genéricamente organizada e identificable, sino más bien a un estadio más fluido de la realidad plurisubjetiva, extendida hasta coincidir con toda la sociedad. En cuanto a dicha pluralidad, el dato objetivo parte de que cada uno de los componentes goza de un prerrogativa jurídica. Pero tal situación no se caracteriza por un elemento asociacionista de fusión colectiva para perseguir un objetivo común como lo es salvaguardar la prerrogativa generalizada.

La tesis de Giannini (1983, 23) por su parte ha tenido una importante influencia sobre la Doctrina al destacar que los intereses colectivos se determinan sobre un criterio puramente subjetivo, el de su portador; son los que tienen como portador o centro de referencia un ente exponencial de un grupo no ocasional, diferenciándose de los que no tienen portador (*adespoti*).

Cabe destacar que no puede considerarse como único criterio de identificación de los intereses colectivos el subjetivo, en el sentido de inherencia a un grupo organizado, puesto que pueden existir intereses defendidos por una entidad u organización que no son colectivos, al igual que el que hacen valer un interés colectivo no ha de ser necesariamente un ente organizado. Por lo que se confunde el problema de la titularidad y de la representación de estas posiciones subjetivas. En consecuencia se tienen que tomar en cuenta las cualidades objetivas que especifiquen el interés tales como su naturaleza y extensión.

Almagro (1982,83), ofrece otro criterio utilizado en la diferenciación del interés es el de la conflictividad del interés difuso en comparación con el interés colectivo, y, por lo tanto, su mayor neutralidad, lo cual explica que en la sociedad neocapitalista exista la tendencia a diluir el interés colectivo en el interés difuso. Sostiene este autor que en razón de esta distribución por grupos o clases o sectores de manera más o menos extensa, surgen a veces conflictos entre la satisfacción de los intereses de un grupo respecto de los otros, lo que pone de manifiesto la nota de conflictualidad.

Nigro (Op. Cit.,115), propone el criterio de la “unificación de los intereses” y define los Intereses Difusos como una Pluralidad de sujetos más o menos amplia y más o menos determinada o determinable que puede o no ser

unificada o unificada más o menos estrictamente en una colectividad, en este último caso son los intereses colectivos.

Vigoriti (1979, 42) sostiene que es el criterio de la organización el que determina la diferencia fundamental entre intereses colectivos y difusos, pues ambas fórmulas se refieren a situaciones de ventaja de carácter individual, pero en el caso de los intereses colectivos debe existir una organización como elemento esencial como la expresión de la estructura unitaria del colectivo que asegura la unidad de tratamiento de los intereses correlacionados y unidad de efectos de la resolución jurisdiccional; en el caso de los intereses Difusos los intereses están aún atomísticamente considerados y carecen de los instrumentos para una valoración unitaria, aunque son posiciones de ventaja reconocidas a los particulares por el ordenamiento, de igual contenido y hasta un mismo fin (mismo bien jurídico), no se encuentran organizados y por consiguiente no están ligados por vínculos capaces de hacerles perder relevancia jurídica, permaneciendo en una dimensión individual . A esta concepción se le critica que aún cuando los intereses sean difusos puede existir una organización para su defensa, que hace que éstos adquieran una dimensión supraindividual.

Caravita (1990, 279) aúna los criterios de Giannini y Vigoriti, pues considera que el criterio distintivo vendría dado por el nivel organizativo y por tanto por la presencia de sujetos a los que imputar el interés.

Denti (1983, 307), por su parte, es contrario a que el criterio distintivo sea la organización, que también puede estar presente en la persecución de intereses difusos. Este autor estima que la diferencia radica en el carácter corporativo de los colectivos, que serían intereses de categoría en contraste con los difusos que son intereses generales.

Según otro criterio, el interés colectivo consiste en una especificación o sectorización del interés con base a criterios subjetivos lo que lo diferencia del interés difuso en sentido genérico estableciéndose una relación de género a especie entre el interés difuso y el colectivo observándose la tendencia de presentar los intereses difusos como colectivos mediante un proceso de sectorización o unificación que termine por circunscribirlo, al ámbito concreto de un grupo determinado y no ocasional de personas.

Consideramos a nuestro modo de ver, que dicho criterio no reconoce la verdadera naturaleza del interés difuso, el cual es difícil de delimitar subjetivamente y circunscribir a un ámbito concreto, motivo por el cual tiene precisamente la característica de Difuso. De igual manera cualquier interés que sea posible delimitar subjetivamente aunque aparente ser Difuso no es más que un interés colectivo perteneciente a una categoría determinada de sujetos. Tampoco estamos de acuerdo en afirmar que entre el interés Difuso y el interés colectivo existe una relación de género a especie pues ello desconoce la naturaleza propia y autónoma de cada uno de estos intereses, que si bien son intereses de grupo poseen sus notas propias, por lo que si bien tienen origen en un mismo fenómeno (y no se desprende el uno del otro) como lo es la masificación de la sociedad y la generación de intereses supraindividuales, desemboca cada uno en ámbitos de tutela diversos .

Para Barrios de Angelis (1983, citado por Gutiérrez, 106) 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 componen, lo que convierte a ese interés en difuso, por lo tanto el interés difuso se caracteriza por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado.

Pellegrini (1996, citada por Gutiérrez, op. Cit. 108) considera que el elemento de distinción es el de la vinculación Jurídica, por lo que son intereses colectivos:

> […] aquellos intereses comunes a una comunidad de personas y solamente a ellas, cuando existe un vínculo jurídico entre los integrantes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales, el mismo sindicato dan margen a que surjan intereses comunes, nacidos en función de una relación base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que, no confundiéndose con los intereses estrictamente individuales, de cada sujeto permiten su identificación.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha perfilado la conceptualización de los intereses difusos y colectivos en diversas decisiones, entre las que destacamos la sentencia de 30 de junio de 2000 (caso *Dilia Parra Guillén*, también conocida como *Defensoría del Pueblo*), en la cual la Sala señaló lo siguiente:

En esta sentencia, los intereses colectivos, son definidos como:

> […] intereses concretos, focalizados, [...] **colectivos**, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Ese es el caso de las lesiones a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etc.” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 30 de junio de 2000 (caso Dilia Parra Guillén).

Esta posición jurisprudencial ha sido ratificada por la Sala Constitucional en reiteradas ocasiones, tales como, en las decisiones de fecha 23 de agosto de 2000, 31 de agosto de 2000 y 22 de agosto de 2002.

Asimismo, en fecha 06 de febrero de 2000 (caso *Z. Martínez y otros en amparo*), la Sala reiteró el criterio antes expuesto y sostuvo que:

> [...] los **derechos colectivos** implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, la comunidades organizadas, pero también las minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una 'estructura organizacional, social o cultural', pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo.
>
> A su vez, los derechos o intereses difusos son indeterminados objetivamente, ya que el objeto jurídico de tales derechos es una prestación indeterminada, como ocurre en el caso de los derechos enunciados en normas positivas, a saber, el derecho a la salud, a la educación o a la vivienda, entre otros tantos.
>
> Por ello, cuando hablamos de derechos colectivos nos referimos más bien a los intereses de quienes no están organizados bajo la modalidad de las personas jurídicas o morales y ello comporta una diferencia adicional, a saber, la forma de su actuación. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél. Incluso la representación puede ser el objeto de alguna asociación, sociedad u organización que se constituye para tales fines. Las Organizaciones No Gubernamentales son un caso propio. Son personas colectivas que tienen por objeto representar agrupaciones de individuos cuyos intereses requieren protección, aunque también pueden actuar para determinar las prestaciones sociales o gubernamentales cuando se trate de intereses difusos. Un ejemplo de esto son las Organizaciones No Gubernamentales que trabajan para proteger o mejorar el medio ambiente (derecho

> de la naturaleza, de los animales o de las generaciones futuras). En tal sentido, la Sala ratifica, al respecto, su doctrina contenida en sentencias de fechas 30 de junio y 21 de noviembre de 2000, recaídas en los casos: Dilia Parra Guillén y Gobernadores de los Estados vs. El Ministro de Finanzas".

Y son Intereses Difusos de acuerdo a la misma sentencia :

> "El [...] **interés difuso**, [...] vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexo o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas sólo por la misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de una sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución.
>
> [...]
>
> Los daños al ambiente o a los consumidores, por ejemplo, así ocurran en una determinada localidad, tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país [...]".

> Aquellos que no fundándose en un vínculo jurídico se basan en datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mudables: como habitar en la misma región, consumir los mismos productos, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas, someterse a particulares empresas.

La legislación brasileña regula la distinción entre estos intereses en el artículo 81 de la Ley 8078/1990 en la cual se define a los Intereses Difusos como los intereses supraindividuales de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho y los intereses colectivos como los intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible de que sea titular, un grupo, una categoría o una clase de

personas ligadas entre si o con la parte contraria por una relación jurídica base (Gutiérrez, 1999,108) .

Bujosa al hablar de los intereses de grupo considera que existe la intuición de que se hace referencia a casos en los cuales ciertas actividades producen lesiones o amenazas para los intereses de una colectividad, aunque los intereses individuales de los miembros de ese grupo no estén directamente afectados (1995, 66). Considera este autor que los criterios utilizados para llegar a la definición de intereses colectivos y difusos destacan uno o varios elementos en que se fundamenta la noción general de interés, atribuyéndoles un carácter nuevo, distinguiéndose entre un criterio objetivo, un criterio subjetivo y un criterio normativo.

Según el criterio objetivo se examina la calificación del bien como idóneo para ser objeto del interés del grupo, es decir, la determinación de la existencia de un interés de grupo viene dada por la aptitud de ese bien a ser disfrutado por un grupo de sujetos. Los intereses difusos dependen para ser tales del tipo de bien y del carácter de la relación de no propiedad entre sujeto y bien, identificando estos intereses la naturaleza del bien o el tipo de régimen jurídico al que está sometido, por lo que se afirma que estos intereses se refieren al goce de bienes de uso general no susceptibles de apropiación exclusiva y respecto de los cuales el goce de los individuos o grupos no es limitado por el goce concurrente de otros miembros de la colectividad.

Podría decirse entonces, en principio, que los intereses difusos son los referidos a los bienes indivisibles. A este criterio se han recibido diversas criticas en cuanto a que este criterio prescinde de toda organización formal y que la misma es reductiva pues parece referirse a la relación propietario-

cosa cuando en realidad esta noción se utiliza para referirse a intereses del medio ambiente y que es conveniente comprenderlos dentro de una noción amplia del interés en la que caben tanto bienes indivisibles como bienes divisibles.

El criterio subjetivo lo destaca Capelletti como intereses colectivos pues nadie es su titular y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada lo son. Dentro de este criterio se encuentra la posición de Giannini con su definición de sujetos portadores del interés, ya referido y De Vita. Estos criterios: objetivo y subjetivo han sido criticados por ser ambiguos y tener límites poco claros (Bujosa, 1995,75).

Sgubbi y Lozano se fijan en el reconocimiento normativo que distinguiría ambos tipos de intereses, este último autor lo tomó como criterio definitorio del interés difuso. Se refiere a la existencia o no de un reconocimiento por el ordenamiento de un interés como interés jurídico. Caracteriza a los intereses a permanecer ajenos a las normas jurídicas y a mantenerse como intereses meramente fácticos (Bujosa 1999,76). Este criterio contradice y desconoce las situaciones jurídico-subjetivas cuya tutela se encuentra reconocida y garantizada por el ordenamiento jurídico. La naturaleza y estructura de intereses difusos no se altera no obstante su reconocimiento normativo (Gutiérrez, op. cit.105).

Es así que este autor considera que los intereses supraindividuales no tienen entre sí diferencias esenciales pues se refieren a un mismo fenómeno jurídico, a un mismo tipo de situaciones jurídicas, naturaleza y estructura. Los factores determinantes que permiten su diferenciación se refieren a la “extensión y determinación” de los sujetos interesados, así como a la “vinculación” entre los miembros del grupo o colectividad interesada. Si se

trata de un grupo de personas que al mismo tiempo y con el mismo interés se encuentran en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan conjunta y solidariamente y respecto del que experimentan una común necesidad, determinado o determinable en su composición, en sus miembros, en el que existe una vinculación jurídica de los miembros del grupo con un tercero o entre sí.

Es difuso cuando existe una comunidad de sujetos amplia e indeterminada y muy difícilmente determinable, en el que no existe vínculo jurídico entre los sujetos interesados quienes sólo estarán ligados por circunstancias fácticas contingentes. En los derechos colectivos la comunidad de referencia del interés está caracterizada por una mayor permanencia, en cambio en el interés difuso su característica es la mutabilidad u ocasionalidad (Ibíd., 109).

En el caso de los intereses supraindividuales cada uno de los sujetos del grupo, colectividad o categoría disfruta de manera concurrente y simultánea del mismo bien y puede solicitar la protección de sus intereses en caso de lesión de sus intereses compartidos. El resultado del proceso tendrá eficacia de cosa juzgada tan sólo para quien haya sido parte en juicio, aunque la satisfacción del interés del actor beneficiará necesariamente a los demás interesados en el mismo bien.

En consecuencia la parte que propone la tutela no hace exclusiva para sí la situación tutelada y su tutela jurisdiccional; por lo que no existe una indivisibilidad del objeto del proceso, del interés, de sus acciones o pretensiones de tutela y de la situación jurídica, sino del bien jurídico que tienen por objeto las necesidades de los sujetos.

Esto a nuestro entender significa que cada uno de los sujetos interesados posee una pretensión, una acción que aunque compartida de manera solidaria con el grupo le es propia, haciendo posible que pueda solicitar cada uno de ellos la protección de ese interés en momentos distintos sobre el mismo bien, el cual sí es indivisible puesto que pertenece a todos los sujetos que lo comparten o que pueden en un momento dado solicitar la tutela de la situación, puesto que lo que es indivisible es el interés, siendo cada uno titular de su propio derecho. De manera que a diferencia de lo que dice Ada Pellegrini, lo indivisible no es el interés sino el bien que comparten los sujetos (op. Cit. 113).

Para otros autores, lo acertado está en reconocer en ellos a unos intereses si bien individuales, cualificados y especiales, características que los elevan a una dimensión superior a la meramente individual, en el sentido clásico y tradicional del término

En otras palabras, y como lo ha puesto de relieve Gutiérrez de Cabiedes, el interés supraindividual está referido a una colectividad, pero también al individuo, a quien se protege, ya no individualmente considerado, como un sujeto aislado, sino como miembro de esa colectividad, vale decir, en virtud de su pertenencia a la misma.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha perfilado la conceptualización de los intereses difusos y colectivos en diversas decisiones, entre las que destacamos la sentencia de 30 de junio de 2000 (caso Dilia Parra Guillén, también conocido como Defensoría del Pueblo), en la cual la Sala señaló lo siguiente:

> El [...] **interés difuso**, [...] vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexo o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas sólo por la misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de una sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución.
>
> [...]
>
> Los daños al ambiente o a los consumidores, por ejemplo, así ocurran en una determinada localidad, tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país [...].

Esos intereses difusos, señala la citada sentencia, se diferencian de los colectivos, que son definidos como:

> […] intereses concretos, focalizados, [...] **colectivos**, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Ese es el caso de las lesiones a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etc.” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 30 de junio de 2000 (caso Dilia Parra Guillén).

Esta posición jurisprudencial ha sido ratificada por la Sala Constitucional en reiteradas ocasiones, tales como, en las decisiones de fecha 23 de agosto de 2000, 31 de agosto de 2000 y 22 de agosto de 2002.

Asimismo, en fecha 06 de febrero de 2000 (caso Z. Martínez y otros en amparo), la Sala reiteró el criterio antes expuesto y sostuvo que:

> […] los **derechos colectivos** implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, la comunidades organizadas, pero también las minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una 'estructura organizacional, social o cultural', pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo.
>
> A su vez, los derechos o intereses difusos son indeterminados objetivamente, ya que el objeto jurídico de tales derechos es una prestación indeterminada, como ocurre en el caso de los derechos enunciados en normas positivas, a saber, el derecho a la salud, a la educación o a la vivienda, entre otros tantos.
>
> Por ello, cuando hablamos de derechos colectivos nos referimos más bien a los intereses de quienes no están organizados bajo la modalidad de las personas jurídicas o morales y ello comporta una diferencia adicional, a saber, la forma de su actuación. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél. Incluso la representación puede ser el objeto de alguna asociación, sociedad u organización que se constituye para tales fines. Las Organizaciones No Gubernamentales son un caso propio. Son personas colectivas que tienen por objeto representar agrupaciones de individuos cuyos intereses requieren protección, aunque también pueden actuar para determinar las prestaciones sociales o gubernamentales cuando se trate de intereses difusos. Un ejemplo de esto son las Organizaciones No Gubernamentales que trabajan para proteger o mejorar el medio ambiente (derecho de la naturaleza, de los animales o de las generaciones futuras). En tal sentido, la Sala ratifica, al respecto, su doctrina contenida en sentencias de fechas 30 de junio y 21 de noviembre de 2000, recaídas en los casos: Dilia Parra Guillén y Gobernadores de los Estados vs. El Ministro de Finanzas".

Además de la atribución conferida al Defensor del Pueblo, y he aquí la nota característica del artículo 26 de la vigente Constitución, se ha reconocido expresamente la posibilidad de que la acción sea intentada por un particular

en representación del colectivo afectado o de la comunidad en general. Esta posibilidad se ha fundamentado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en que el vigente texto constitucional plantea un estado social de derecho y de justicia cuya meta primordial es la protección de la sociedad que lo conforma, con quien interactúa para la búsqueda de tal fin. Por ello, dado que el Estado social dota “a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean” se han abierto las puertas de la legitimación procesal a todos los particulares afectados, capaces de poder invocar la representación por intereses colectivos y difusos.

Sin embargo, tal y como sostiene Maria A. Grau (Op. cit. 205) no por ello puede afirmarse que se esté ante una acción popular [...] ya que en el artículo 26 se ha otorgado a los ciudadanos un derecho procesal de accionar, lo que le impone, en consecuencia, esgrimir el derecho subjetivo común, con invocación de la porción subjetiva del interés colectivo o difuso en beneficio del cual se acciona”. Así, tendrá el particular que invocar el interés por medio del cual actúa y probarlo, desestimando así que en los procesos contenciosos de nulidad se haya suprimido el requisito de acreditar el interés con el cual se actúa. Este criterio fue sostenido por la Sala Político del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 8 de mayo de 2001, (caso Pedro Germán Rondón vs. Ministerio de Justicia), revocando el criterio del caso Fivenez, al señalar que “para solicitar la nulidad de un acto de efectos particulares se requiere un interés legítimo, personal y directo, de conformidad con el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia [y] no encuentra la Sala que tales requisitos legales se hubieren cumplido en el presente caso, por lo cual resulta forzoso declarar inadmisible la acción de nulidad contenida en la presente causa. […] ” (Badell 2004, 19).

CAPITULO VI.

LA PROTECCION DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS.

A. ACCION PROCESAL Y DERECHO DE ACCIONAR.

Cualquier persona puede acudir ante los órganos jurisdiccionales y proponer la pretensión que desee contra cualquier persona, sin importar que la pretensión esté ajustada a derecho, que sea titular de un derecho subjetivo o que realmente tenga un interés sustancial jurídicamente tutelado. Todas estas cuestiones no se podrían determinar sino una vez que se ha ejercido la acción, es decir, una vez que se le ha garantizado a cualquier persona la posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales.

El profesor Ortiz (2004, 69), establece una serie de consecuencias jurídicas derivadas del hecho de que una persona acuda ante los órganos de la jurisdicción, de los cuales los sujetos no pueden desvincularse sino en el proceso. De tal manera que el poner en movimiento el aparato judicial trae consigo una serie situaciones:

a) La obligación del Juez de pronunciarse sobre la Licitud o ilicitud de la pretensión; es decir, el juez debe revisar la pretensión jurídica para conocerla y declarar su admisibilidad o no de acuerdo con el ordenamiento jurídico, y,

en casos muy especiales, podrá pronunciarse *in limine litis* sobre la improcedencia de esa pretensión.

b) La persona contra la cual se dirige la pretensión queda inmediatamente con la carga procesal de acudir al proceso y ofrecer su visión con respecto de lo aprendido.

c) Todas las personas que integran el órgano de la jurisdicción quedan obligadas a colaborar con el normal desenvolvimiento del proceso, incluso, el estado quedaría obligado frente a las personas que acuden ante los órganos de la jurisdicción por los errores cometidos por sus funcionarios en el desempeño de sus tareas.(op. Cit, 69).

Es por ello que accionar es efectivamente un “derecho”, es decir, se trata de la posición en la cual se encuentra una persona cuando acude ante los órganos jurisdiccionales, que genera automáticamente un conjunto de relaciones entre las cuales se encuentran obligaciones, deberes y cargas que se distribuirán entre quienes participen en el proceso.

Este derecho de accionar tiene como destinatario el Estado, frente, hacia o contra el, pero poco importa si se tiene en cuenta que es el Estado quien debe garantizar real y efectivamente el goce y disfrute de ese derecho que ha adquirido naturaleza constitucional, sin olvidar que el Juez, también queda obligado frente al ejercicio de la acción

La Corte Primera en lo Contencioso Administrativo se ha referido en diversas sentencias al Derecho a accionar y a la Tutela Judicial Efectiva:

> […] se trata del derecho a accionar como parte integrante del derecho a la jurisdicción. Este concepto se distingue del “derecho de jurisdicción” que corresponde al Estado (entendiendo por jurisdicción el servicio público dispuesto por el Estado para

> responder las peticiones de los particulares). […] En efecto, el artículo 51 constitucional establece que toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad…", y cuando esas peticiones están dirigidas ante los órganos jurisdiccionales (encuadrados dentro del concepto de autoridad) se denomina "acción". La acción se define entonces como la posibilidad jurídico-constitucional por la cual se dirigen peticiones ante el servicio de la jurisdicción, es por ello entonces que el llamado derecho de accionar se confunde con el derecho a la jurisdicción como unidad indisoluble y continuada. El texto constitucional se encarga de establecer esta noción en el artículo 26 según el cual: "Toda persona tiene derecho de acceso a la justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos…", de modo que la petición cuando comporta "derechos o intereses" debe tener una "decisión con prontitud" y, además, una "tutela efectiva" de los mismos. (Sentencia No.431 de 11 de mayo 2000 (Línea naviera de Cabotaje, LINACA vs Intendente Nacional de Aduanas).

Bajo este Criterio la Corte primera en lo Contencioso Administrativo llegó a la conclusión de que la exigencia del agotamiento de la vía administrativa como condición para el acceso a la jurisdicción resultaba inconstitucional:

> De modo que en el momento que la propia Constitución establece el derecho de accionar (derecho de acceso a los órganos de administración de Justicia) entendido como una garantía "universal" e "incondicional" y como tal es un valor de aplicación inmediata en los casos particulares. Toda limitación legal o doctrinal al ejercicio de este derecho entonces debe reputarse que existe una interpretación antinómica en virtud de la cual debe prevalecer el mandato constitucional y en razón del principio de supremacía constitucional, así debe ser entendido. […] de modo que no se trata el agotamiento de la vía administrativa y la reclamación previa, de un requisito de la "acción" y mucho menos de la demanda (pues la demanda se trata técnicamente de un documento que contiene o recoge la pretensión, o en otro sentido, como un acto de dar inicio al proceso). La acción no encuentra más requisito que ser persona humana y por ello mismo se trata de un derecho

> fundamental que debe ser respetado y garantizado como verdadera obligación de los órganos del Poder Público (artículo 19 constitucional), y al cual debe dársele una tutela judicial "efectiva" sin formalismos no escenciales (artículo 26 y 257 constitucional).Sentencia No. 511 de 24 de mayo de 2000 (Raúl Rodríguez Ruíz vs Ministerio de Sanidad, exp. 99-22392).

1. Teoría sobre la Acción.

En íntima conexión con el problema de quien sea el destinatario de la acción (si el demandado o el Estado) se presenta la clasificación de las Teorías Obligacionistas que se fijan en el punto de origen de la acción y las Teorías jurisdiccionalistas que se fijan en el punto de llegada o de definición del proceso.

a. Teorías Obligacionistas

Las tesis obligacionistas se dan la mano con quienes afirman un carácter concreto de la acción. Se fijan en el punto de partida de la acción, es decir, en el hecho generador. La acción existe porque hay necesariamente un derecho material subjetivo, pero lesionado por una persona contra otra, lo que hace surgir una especial relación entre el que lesiona y el titular del derecho lesionado. Es así que en el derecho romano la acción es el derecho de pedir en juicio lo que se nos debe. Es decir, para que exista la acción se requieren dos condiciones: en primer lugar la existencia de un derecho

material en sí y, en segundo lugar, una lesión a ese derecho. Si falta la lesión, el derecho no puede asumir el particular aspecto de una acción procesal. (Ortiz, 2004,132).

1) Tesis Monista

El conjunto de doctrinas que ven en la obligación de reparar una lesión o un derecho material en la que la acción es el mismo derecho material, pero en su fase defensiva, activa o judicial, se denominan tesis monistas porque derecho material y acción procesal no son más que un mismo fenómeno en manifestaciones externas distintas. La causa para accionar sigue estando en la lesión o en el derecho material, es decir, carácter concreto.

Las teorías obligacionistas pueden sistematizarse en dos grandes grupos:

1) Quienes sostienen que la acción y el derecho están estrechamente vinculados en una relación de identidad, variando el hecho de que en la acción, el derecho material se encuentra en una fase de protección o defensa frente a una lesión (tesis monistas).

2) Quienes sostienen que la acción y el derecho son derechos diferentes, éste es de carácter privado o material, mientras que la acción es de carácter público, pero se mantiene el vínculo obligacionista, en el sentido de que hacen depender la acción de la sentencia favorable (Wach, Chiovenda, Palacio), la solución de un conflicto o la actuación de la ley frente al desconocimiento de un derecho material.

Estas Tesis tienen en común que el derecho está destinado a obtener una específica actuación de la ley en el caso concreto. Las teorías concretas ven con recelo que el derecho de accionar tenga como titular a quien no tiene la razón o derecho, pues se trataría de un derecho vacío, es decir, de un derecho que no tiene derecho; Sin embargo, como afirmarán las teorías abstractas, la acción no es más que un medio, para saber si alguien tiene derecho o carece de él, es imposible saber si alguien tiene derecho sino es, precisamente ejercitando el derecho de accionar. Puede decirse que la acción sería el derecho a que se le diga que no tiene derecho.

Las críticas que se le pueden hacer a estas tesis son tres:

1. No sabemos si esa persona es titular de ese derecho sino con la sentencia favorable. Pues desde el inicio del Juicio hasta el final, existe incertidumbre acerca de si el actor tenía o no tenía acción.

2. Deja sin explicación los supuestos de obligaciones naturales que carecen de acción según los civilistas, pero nada impide que sean demandado y que se instaure un proceso y sólo en la sentencia de mérito el Juez dirá si la sentencia es o no improcedente.

3. Deja sin explicar los procedimientos de mera declaración y constitutivos, donde no necesariamente existe una lesión o donde lo que se discute es si se tiene derecho o no.

4. Tampoco explican el interés en las decisiones mero-declarativas, pues en ellas no se persigue la reparación de un derecho material, ni siquiera una sentencia favorable, con lo cual la acción tampoco puede ser de carácter obligacionista.

2) Teorías Jurisdiccionalistas.

Las Teorías jurisdiccionalistas se fijan en el punto de llegada o de definición del proceso. Según estas Teorías se da una desconexión de la acción con respecto de la existencia de una obligación entre las partes o de una de las partes, con lo cual se atiende a una visión netamente procesal de dicha figura.

Esta Teoría ha sido sugerida por Alsina (1941), cuando afirma que Acción y Jurisdicción son conceptos que se corresponden, por Carlos (1973) que sostiene que la "acción queda configurada como un derecho a la jurisdicción, por Couture (1981) cuando expresa que el derecho del accionante aparecerá siempre compensado por la idea del correlativo deber de recurrir a la Jurisdicción para provocar el orden jurídico (Ortiz, op. Cit., 159).

Por su parte Muther, a la vez que defendía la tesis obligacionista dio origen a la tesis jurisdiccionalista cuando puso de manifiesto que la acción se dirigía al Estado, como custodio del ordenamiento jurídico lo cual tiene su reminiscencia en el derecho a la fórmula pretoriana del Derecho Procesal Romano (Ibíd., 159).

La acción es la situación subjetiva consistente en el poder de poner condición en virtud de la cual el órgano se pone en movimiento en obediencia a las reglas internas que disciplinan su función (Liebman, citado por Ortiz, op.cit. 162).

Las teorías jurisdiccionalistas erradican las teorías que hacen depender la existencia de la acción de un derecho previo o que sea el derecho mismo en

fase defensiva, incluso, aquellas que hacen depender la acción de la resolución de un conflicto o de una controversia; Se ha señalado que no tiene sentido un derecho de acción vacío y totalmente desvinculado de su objeto, considerado que el derecho sustancial es un problema del derecho Privado y la acción es un problema del derecho público, o como dice Stata: ”Entre acción y proceso existe relación de medio a fin: el proceso es el medio o el modo con el que se tutela el interés para cuyo éxito la acción ha sido ejercitada” (Ortiz, op. Cit., 163).

El proceso se diseña para quien tiene la razón, pues quien acude al proceso espera una sentencia favorable. Ciertamente existe un interés en lograr la intervención de los Tribunales prescindiendo del derecho, y es igualmente indiscutible que si la posibilidad se ejercita, el Estado se encuentra obligado a dictar una sentencia, aún faltando los llamados presupuestos procesales.

2. El interés Jurídico

Las teorías Jurisdiccionalistas podrían explicar que la existencia de la acción depende existencialmente del simple interés procesal, entendida ésta como el hecho mismo de acudir ante los órganos jurisdiccionales para realizar sus peticiones. Este interés debe separarse del interés sustancial que es una condición para la actuación de la ley conforme a la pretensión jurídica, pero para el ejercicio de la acción, en tanto que es la posibilidad de acceso a la jurisdicción, basta el simple hecho de acudir ante ella.

3. Carácter Dualista

Mientras las teorías obligacionistas pueden calificarse de monistas por cuanto identifican la acción con el derecho material, las doctrinas jurisdiccionalistas presentan un carácter dualista, es decir, parten de la diferenciación de un derecho sustancial por un lado y por otro, un derecho procesal constituido por la acción, sin que exista ningún vínculo de conexión o dependencia entre ellos.

Las Teoría de la Acción evidencia los intentos de independizar el derecho procesal del derecho material subyacente; resulta además difícil establecer un concepto que responda a la configuración legal de cada sistema Procesal y finalmente, la relatividad de este concepto en el tiempo; los cambios políticos hacen que la acción antes que una construcción dogmática de los teóricos sea una realidad práctica por el derecho de los estados civilizados (Stagnan, 1995,53).

La Teoría de la Acción procesal había sido elaborada en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX con una perspectiva liberal e individualista por lo que planteaba restricciones desde la limitación de su ejercicio –la legitimación exclusiva de la parte directa y personalmente afectada-- hasta sus consecuencia a través de la sentencia y los límites subjetivos de la cosa juzgada.

Superada la dificultad sobre la consideración de la acción con la independencia o autonomía del derecho procesal respecto del derecho material y las diversas formas de configuración legal de la acción que se concretan en el acceso a la justicia, derecho a la jurisdicción, así como las

circunstancias políticas que traen importantes cambios legislativos, el concepto de acción debe prosperar como un concepto único sin que las discusiones de la doctrina impidan lograr una definición simple.

4. Concepto de Acción.

Stagnan nos indica que la acción puede definirse como el Poder que reconoce el ordenamiento a los sujetos jurídicos para que mediante su actuación en el proceso, obtengan la tutela Jurisdiccional (op.cit., 53).

En nuestro país Ortiz (Op. Cit., 76) acota que el derecho de accionar no puede ser confundido con la acción procesal, pues mientras el derecho de accionar es un verdadero *derecho de acceso a la jurisdicción,* la acción procesal se manifiesta como un poder o una posibilidad. Es así que de acuerdo a ello entiende por acción procesal la *posibilidad* jurídico-constitucional que tiene toda persona, natural o jurídica, pública o privada, de acudir ante los órganos jurisdiccionales, para que mediante los procedimientos establecidos en la ley pueda obtener la tutela de un determinado interés jurídico individual, colectivo, difuso o para lograr los efectos que la ley deduce de ciertas situaciones jurídicas.

5. Caracteres de la Acción.

Podemos extraer los siguientes caracteres de la acción:

a. Es un Poder

La acción se traduce en la protección por las normas procesales. La acción es el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción. Esto ha sido discutido por la doctrina. Para Couture:

> La acción como poder jurídico existe siempre; con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aún antes de que nazca su pretensión concreta; existe aún cuando no se ejerza efectivamente. De la misma manera que todo individuo en cuanto tal tienen el derecho de recibir asistencia del estado en caso de necesidad, tiene también derecho de acudir a los órganos de la jurisdicción para pedirles su injerencia cuando la considere pertinente. Esta facultad es independientemente de su ejercicio; hasta puede ejercerse sin razón, como cuando a invoca y pretende ser amparado por el Estado, aquel que no se halla efectivamente en estado de necesidad o aquel cuyo crédito ya se ha extinguido porque el pago hecho al mandatario era válido (1981,68).

La acción se concibe por una parte como poder jurídico, pero también como “derecho de acudir” ante los órganos jurisdiccionales y, en definitiva, como una facultad que es independiente de su ejercicio. Por su parte, Salvatore Satta (1947, 212) afirma que el derecho no puede existir sin la acción, ni la acción puede subsistir sin el derecho, sobre este sentido es que cabe hablar de la autonomía de la acción. El autor distingue entre el poder de acción que sólo pertenece al titular del interés, y acción, que pertenece a cualquier ciudadano que acuda a los tribunales. Serra (1969, 138) comenta esta posición diciendo que el poder de acción existe junto al derecho de cuya

naturaleza estática participa, pero cuando se pasa al mundi dinámico no existe el poder, sino la acción que en la existencia del poder encuentra su legitimidad.

Niceto Alcalá (citado por Ortiz, op. Cit. 253) señala que la palabra “poder” y el término “potestad” presentan más de una acepción jurídica, y en ambos la idea de dominio prevalece sobre la posibilidad de actuar y peticionar, que para el autor el rasgo distintivo de la acción. Para Couture existe la libertad de accionar o no accionar. Cuando el derecho confiere un poder, engendra deberes en el ejercicio de ese poder. Y ninguna sanción acarrea no accionar. Ergo no es un poder en sentido estricto.

Amilcar Mercader (1944, citado por Ortiz, op. Cit. 255) ha sostenido el carácter de la obligatoriedad que se encuentra en la acción procesal. Para este autor, la acción es un presupuesto del orden jurídico. Para Ugo Rocco (1983 citado por Ortiz, op. cit. 253), la obligación de solicitar la tutela judiciaria, se transforma en un derecho para el accionante y en un deber para el Estado.

b. Se reconoce por el ordenamiento

Lo que se supone es una garantía necesaria para evitar la violación del poder de acción de un sujeto por otros individuos, organizaciones sociales o los propios poderes públicos. La acción se origina por un reconocimiento general o abstracto del ordenamiento a favor de los sujetos jurídicos, con

independencia del proceso concreto en que posteriormente pueda hacerse valer.

c. Se reconoce a los sujetos jurídicos

La cualidad de sujetos jurídicos no requiere que éstos sean entes dotados de personalidad, ni alude a su capacidad. Así, en la realidad social, junto con los individuos, se constata la existencia de grupos más o menos organizados o espontáneos. En la medida que se otorgue reconocimiento legal a estas agrupaciones podemos hablar de sujetos jurídicos.

d. Se actúa en el proceso

La acción no debe ser considerada de modo estático sino dinámico ya que se desarrolla en todo el proceso. Para Prieto Castro (1985, citado por Stagnan, op. cit., 54), la acción tiene un tracto continuado en donde surgen las vinculaciones, las cargas, los deberes y los derechos procesales y las facultades de impugnación (recursos), no sólo para el accionante, sino también para la otra parte (en virtud de su carácter bilateral). En definitiva, la acción subyace a la secuencia de las posiciones procesales relativas a las partes durante el proceso.

Stagnan (Op. Cit.,55) nos indica que el carácter dinámico de la acción ha pasado inadvertido para la doctrina tradicional debido a una incorrecta e insuficiente consideración de la naturaleza jurídica del proceso. Es así como distingue una doble visión: estática y dinámica.

1.- *Desde una perspectiva estática:* el proceso es una relación jurídica que se establece entre las partes, -titulares del poder de acción- y el estado –titular del poder (o potestad) jurisdiccional – y que tiene por objeto los derechos e intereses en litigio. A esta perspectiva estática del proceso corresponde una perspectiva igualmente estática de la acción: sin la acción no puede surgir el proceso.

2.- Desde una perspectiva dinámica: el proceso se configura como una situación jurídica "process iudicii" o medio para alcanzar la sentencia.

El proceso se presenta como una relación jurídica que avanza gradualmente y se desarrolla paso a paso. La relación jurídica procesal está en constante movimiento y transformación. Aunque actualmente se reconoce el carácter dinámico del proceso, no sucede lo mismo respecto de la acción de la cual se estudia desde una perspectiva estática basándose en el estudio de sus elementos estructurales.

En nuestra opinión la acción debe reconocerse en su carácter dinámico pues ella forma parte de la trilogía "acción – proceso-jurisdicción" los cuales caminan juntos y se van adaptando durante el desarrollo del proceso a los distintos cambios que van surgiendo en él. El desarrollo del proceso depende del ejercicio de la acción, sin la cual éste decae. Si concebimos al proceso como en continuo movimiento, no podemos ver a la acción como un ente estático, aislado de la actividad jurisdiccional , sino más bien como un sistema dinámico de elementos que se conjugan para lograr una finalidad: la

tutela judicial efectiva de los derechos. Es así como las variaciones y adaptaciones que van surgiendo de las diferentes necesidades de tutela producto de los dinámicos cambios de la sociedad, permitirán la mayor riqueza y perfeccionamiento del derecho para alcanzar una verdadera justicia y equidad como finalidad última del derecho.

6. Naturaleza Jurídica.

En una primera época el concepto de acción se identificó con el derecho material debatido en juicio, tal era el criterio de los romanos que pasó así a la escuela francesa del derecho procesal y hasta finales del siglo XIX estaba vigente en Alemania; pero a partir de la discusión entre T. Muther y Windsheid la acción adquiere independencia del derecho material para dar nacimiento a la ciencia del proceso y como categoría procesal pura. La discusión sin embargo continuó bajo la óptica del derecho material en la corriente de Giusseppe Chiovenda y del derecho abstracto de los españoles.

La tesis vigente en nuestro procesalismo contemporáneo está en que la acción se entiende como categoría abstracta y universal (subjetivamente hablando) de acudir ante los órganos jurisdiccionales y realizar sus peticiones; esto es, la acción no es más que el derecho de petición mismo formulado ante las autoridades jurisdiccionales, según se deduce de una interpretación concatenada de los artículos 51 y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La evolución legislativa venezolana pasó por esos estadios y así el Código de Procedimiento Civil identificaba la acción con el derecho material y muy recientemente en el Código de procedimiento civil de 1987 comenzó a utilizarse correctamente el término “pretensión” donde antes se usaba el término “acción” y ello con base a las modernas enseñanzas de nuestra propia ciencia procesal y el derecho comparado donde la “pretensión” es el contenido de la acción que se deduce ante la jurisdicción a través de un proceso, está aquí la llamada trilogía estructural de la ciencia procesal (acción- jurisdicción- proceso).

B. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Distinción entre la acción y la Tutela Judicial Efectiva.

Frente al derecho a la Tutela, la acción se estructura como un poder abstracto, como una expectativa de derecho que posibilita a los ciudadanos el acceso a la tutela jurisdiccional. Se conjuga el carácter abstracto de dicho poder con el contenido, más o menos concreto o concretado del derecho a la tutela judicial. El poder de acción se manifiesta dinámicamente en los diferentes actos jurídicos que las partes realizan en el proceso, y en los procesos que se inician a instancia de parte, sirve de fundamento a la actuación procesal de la jurisdicción, pero siempre dirigido por mandato constitucional a la tutela judicial efectiva. La Concreción de la acción se evidencia de lo establecido en el artículo 26 constitucional.

Si utilizamos el concepto del derecho al proceso, podemos decir que todas las personas tienen derecho al proceso, mientras que todos los sujetos jurídicos a los que se los reconozca el ordenamiento, tienen poder de acción. Aplicándolo a los grupos, estos sí tendrían poder de acción a la vista del derecho positivo, pero no el derecho al proceso por no tener personalidad. Así se explica que quien no tenga acción para reclamar un derecho o interés determinado pueda tener derecho al proceso, e incluso pueda plantear una demanda y ejercitar su pretensión en el proceso, basándose en su propia afirmación del poder de acción.

Lo que si está claro es que la acción constituye un medio necesario para la tutela del ordenamiento, pero esta tutela no puede explicarse de forma satisfactoria sobre la única base de los sujetos litigantes, sino que tiene que ser una tutela real y efectiva. Para Stagnan (Op. Cit., 81), el error se encuentra en que se ha pretendido referir dicha tutela a la acción y no es así, sino que encuentra su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva; el cual si constituye un verdadero derecho de contenido concreto.

a. Consecuencias.

En torno a la obtención de la Tutela Jurisdiccional, entendida como medio o método de resolución de conflictos jurídicos se estructuran los conceptos e instituciones del derecho procesal.

Es cierto que la acción funciona al inicio del proceso como acceso a la relación procesal posibilitando que el sujeto jurídico pueda obrar dentro de

ciertos límites derivados de la prohibición de autotutela (por ejemplo cuando un particular o el Ministerio fiscal formulan una pretensión civil o penal a través de la correspondiente demanda o querella). Pero además, el ejercicio del Poder de acción continúa a fin de alcanzar la Tutela Jurisdiccional, con lo que no se detiene tan sólo en posibilitar el acceso a la misma. Realmente es aquí en donde radica la importancia de la acción.

b. Elementos estructurales del poder de acción

La acción como elemento dinámico puede estudiarse sobre la base orgánica de la relación jurídica, haciendo referencia desde el punto de vista de su estructura, al elemento subjetivo, objetivo y causal.

1) Elemento Subjetivo: la legitimación

Indica por quien y frente a quien puede ejercitarse el poder de acción. Únicamente los sujetos legitimados obtendrán una resolución procesal sobre el fondo, sin perjuicio de que los legitimados de forma pasiva se encuentren a priori indeterminados, como corresponde al sujeto pasivo en todo poder jurídico. Su posterior determinación se alcanza a través del ejercicio procesal de la acción que emprende la parte actora.

2) Elemento Objetivo: el interés en accionar:

Constituido por lo que la doctrina italiana denomina "*interesse ad agire"* y en la alemana, aparece expresado como necesidad de tutela jurídica. El interés en accionar se dirige a satisfacer la necesidad del sujeto de recurrir al órgano jurisdiccional para que mediante el ejercicio procesal de la jurisdicción, resuelva sobre su pretensión de tutela y composición del litigio. Tiene un marcado carácter voluntarista al no ser otra cosa que una inclinación de la voluntad hacia la tutela jurisdiccional.

Se distingue el interés en accionar del interés material pues el último requiere tutela judicial del órgano jurisdiccional, o el interés en la composición de la litis. El interés en accionar consiste en un interés procesal secundario e instrumental respecto al interés sustancial primario.

3) Elemento causal: la accionabilidad.

Consiste en la posibilidad general de que se acoja favorablemente la pretensión. Liebman se refiere a la posibilidad jurídica que es la admisibilidad en abstracto según las normas vigentes en el orden jurídico nacional y Andrioli la admisibilidad en abstracto de un pronunciamiento del tipo que se demanda.

C. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL.

La palabra Legitimación implica la acción y el efecto de “Legitimar”, y por tal se entiende “probar o justificar la verdad de una cosa o la calidad de una persona o cosa conforme a las leyes”. Allorio (1963, citado por Ortiz, Op. Cit., 500), señala que la palabra legitimación posee dos significados: indica en primer lugar la posición en que según las reglas del derecho procesal, alguien puede pedir en nombre propio al magistrado (legitimación activa), o frente a alguien puede pedirse al magistrado (legitimación pasiva), que se pronuncie en mérito sobre una cierta controversia. En segundo lugar designa promiscuamente, la posición de titularidad activa o subjetiva, según las reglas del derecho sustancial, de la relación acerca de la cual se discute, naturalmente, en la hipótesis de que esta relación exista.

Durante el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX existió poca atención hacia el tema de la legitimación debido a la confusión existente entre derecho subjetivo o material con el derecho de accionar. De tal manera que si para el ejercicio de la acción procesal se exigía la titularidad de un derecho subjetivo y, además que este estuviera lesionado, resultaba evidente que los problemas de legitimación se diluyeran en la titularidad del derecho sustancial o material.

En nuestro país se mantienen algunas nociones erradas sobre la Legitimación a lo cual Luis Loreto (1987,182) analizando algunas posiciones señala:

> La cualidad en sentido amplísimo es sinónimo de legitimación. (…) el problema de la cualidad se resuelve en la demostración de la identidad entre la persona que se presenta ejercitando

> concretamente un derecho o poder jurídico o la persona contra quien se ejercita, y el sujeto que es su verdadero titular u obligado concreto. Se trata en suma de una cuestión de identidad lógica entre la persona a quien la ley concede el derecho o poder jurídico o la persona contra quien se concede, y la persona que lo hace valer y se presenta ejercitándolo como titular efectivo o contra quien se ejercita en tal manera.

Para Montero Aroca (2000, 78) la ruptura de la confusión entre el derecho material y el derecho de accionar marca el verdadero giro conceptual de la legitimación, entendiendo que:

a. Existen dos derechos diversos, uno, el derecho subjetivo material, que se dirige frente a un particular y es de naturaleza privada, y otro, el derecho de acción, que se dirige contra el Estado y tiene naturaleza pública;

b. El proceso en sí mismo, es una relación jurídica, de naturaleza pública, de la que hay que considerar entre qué personas puede tener lugar y a que objeto se refiere, distinta de la relación jurídica material que sea afirmada como existente por la persona que presenta la demanda.

Desde luego esto permite distinguir y, en consecuencia, diferenciar, el titular del derecho subjetivo material del titular de la acción. El concepto de legitimación va de la mano con la posibilidad de tener acción para pedir en juicio la actuación del derecho objetivo en un caso concreto sin necesidad de alegar la titularidad de un derecho subjetivo, pues es esa posibilidad la que explica todos los supuestos de legitimación extraordinaria.

Todo ello se concreta en dos distinciones que deben realizarse:

a. La titularidad activa o pasiva que se desprende de una relación jurídico – material regulada por normas de derecho y que junto con el contenido de esa titularidad es la cuestión de fondo que se plantea ante el órgano jurisdiccional y respecto de la cual se pide un pronunciamiento con los efectos propios de la cosa Juzgada.

b. La posición habilitante para formular la pretensión (legitimación activa) o para que contra él se formule (legitimación pasiva), en condiciones de ser examinada por el órgano jurisdiccional en cuanto al fondo, situación ésta que se encuentra regulada por normas de carácter procesal.

De esta posición habilitante se desprende que la legitimación es una cualidad que tiene la persona para pedir en juicio o para interponer una pretensión jurídica, generalmente en nombre propio y excepcionalmente en nombre ajeno, de acuerdo con la ley

1. Concepto de legitimación

El concepto de Legitimación es uno de los más debatidos y quizás uno de los más confusos en el derecho procesal según lo sostiene Gómez Orbaneja (1969, citado por Gutiérrez, op. cit., 1995,141), ya que históricamente con esta palabra se han designado y se siguen designando hoy, cosas muy distintas, por lo que se ha constatado la dificultad del tratamiento dogmático del instituto debido a su escasa regulación legal, la confusión jurisprudencial y la pluralidad de planteamientos teóricos sobre el mismo, de allí la necesidad de buscar una construcción, sobre esta categoría, sobre su naturaleza jurídica y su tratamiento procesal, que goce de cierta estabilidad y

que sea susceptible de suscitar un consenso o acuerdo en la comunidad científica.

La legitimación constituye un presupuesto subjetivo de los actos jurídicos; concretamente un presupuesto de eficacia de los actos. Para que un acto jurídico sea eficaz no es suficiente que su autor tenga aptitud subjetiva para realizarlo, esto es, capacidad de obrar, sino que es necesario que tenga también el reconocimiento otorgado por el derecho, de un Poder suficiente, es decir, de la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión.

Legitimación es en consecuencia, el reconocimiento hecho por la norma, de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto jurídico determinado. La legitimación deriva siempre de una especial relación del sujeto agente con el objeto del acto y, por tanto con la esfera jurídica sobre la cual debe desplegar sus propios efectos el acto mismo (Gutiérrez, op.cit. 143).

Para Rafael Ortiz Ortiz , (op. cit. 503) la Legitimación no es un problema de la acción ni un elemento o su “contenido”, pues siempre habrá acción procesal aún cuando quien la ejerza carezca de cualidad o de legitimación; de hecho, la acción pudiera ejercerse para determinar la cualidad misma. Para este autor, la legitimación es un problema conectado con la pretensión jurídica e incluso con la pretensión procesal. Esto explica –continúa- que los problemas de legitimación sean un asunto de admisibilidad de la pretensión y no del mérito de la misma, es decir, el juicio que realiza el Juez sobre la falta de legitimación o cualidad no apunta a determinar si hay mérito o no en la pretensión debatida, sino sólo en lo que respecta a la condición formal, por lo cual la ley permite que determinada persona eleve la pretensión a un proceso.

2. Naturaleza Jurídica

Existen dos posturas que defienden: 1. La naturaleza sustancial de la Legitimación; 2. La naturaleza procesal de la Legitimación.

La legitimación ha de diferenciarse tanto de los puros presupuestos procesales como de la efectiva titularidad material de la situación jurídica afirmada como fundamento de la pretensión y expresa su discrepancia en relación a la postura que vincula a ala condición de presupuesto de fondo de la legitimación la imposibilidad de su tratamiento procesal previo como de la que deriva de la posibilidad de ese tratamiento *"ab initio"* su naturaleza de presupuesto procesal (Gutiérrez, o.p. cit. 147).

La legitimación activa se deriva de la simple afirmación de la propia titularidad de la situación jurídica deducida en el proceso (derecho subjetivo o interés legítimo), en los casos de legitimación ordinaria, o de la situación jurídica vinculada con aquella, por lo que la Ley permite en los supuestos de legitimación extraordinaria, la deducción en juicio de la relación jurídica ajena. Y la pasiva, de señalar al demandado como sujeto de la obligación o deber consecuente.

Al actuar la Legitimación como base de la eficacia de los actos procesales, fundamenta el desarrollo de la actividad procesal, que resulta así justificada y necesaria ; otorga al demandante el poder de conducción del proceso y somete al demandado a los efectos de dicho proceso, adquiriendo ambos por ello, la cualidad de partes legítimas.

El hecho de que se confiera esta cualidad de actuar en el proceso, no presupone la existencia o dependencia de la existencia del derecho o que éste pertenezca a quienes actúan de manera activa o pasiva en el proceso. Tal situación es la que se va a verificar o averiguar por parte del Juez en el Juicio y lo que se decidirá en definitiva en la sentencia. Ello es así pues lo que se toma en cuenta en la legitimación no es la relación jurídica existente sino la deducida o afirmada en juicio. Betti (1936, citado por Gutiérrez op. cit. 150) opina que no puede ser de otra manera ya que la relación o situación del sujeto sólo puede presentarse en el momento inicial del proceso al órgano judicial como afirmada dado el carácter controvertido de los derechos y la inseparabilidad entre existencia objetiva de los mismos y su titularidad, de manera que hasta la sentencia no se sabrá si el derecho existe o no y si corresponde al sujeto que lo reclama y contra quien lo hace.

Por tanto, si la sentencia declara que el derecho no existe o que no corresponde al actor o frente al demandado no quiere decir que el proceso se haya desarrollado entre partes no legitimadas. Lo que falta es la titularidad material y eso es lo que se declara, pero la sentencia es válida y eficaz entre las partes.

La afirmación del interés protegido habrá de ser hábil para producir los efectos jurídicos pretendidos. Ello es consecuencia de la consideración de la legitimación como una relación sujeto-objeto y de la vinculación entre existencia de un derecho y su titularidad subjetiva.

3. Legitimación, Derecho material y Derecho de accionar

Se entiende que para ejercer el derecho de accionar no se requiere tener derecho material, pues justamente el ejercicio de la acción servirá si se tiene o no tal derecho. Tampoco es necesario tener un interés jurídico sustancial pues la acción siempre deberá tramitarse y garantizarse aún en los supuestos en que haya ausencia de interés, o tal interés sea ajeno, eventual futuro, indirecto. La garantía de Tutela Judicial efectiva siempre permanece con respecto al puro derecho de accionar.

Tampoco se requiere para el ejercicio de la acción que se tenga una pretensión jurídica, pues es posible que por error o ignorancia no se establezca tal petición en el escrito libelar y sin embargo, el justiciable debe encontrar una respuesta oportuna y las garantías procesales correspondientes. La legitimación puede desligarse tanto del derecho de accionar como del derecho material, es decir, quien acude a los órganos jurisdiccionales en ejercicio de su propio derecho de accionar puede no tener la titularidad del derecho material. Con base a esto el derecho material se desliga del derecho a accionar y con respecto del derecho de accionar, también la legitimación se desliga en la medida en que sólo basta la autoatribución para que el ejercicio de la acción sea suficiente o para que el derecho de accionar exista; con lo cual la legitimación no es presupuesto, condición ni mucho menos un contenido del derecho a accionar (Ortiz, op.cit. 505).

4. Capacidad Jurídica – procesal.

La capacidad jurídica procesal, o capacidad para ser parte, consiste en la aptitud para ser titular de los derechos y obligaciones que del proceso se

derivan. Toda persona por el hecho de serlo tiene capacidad para ser parte en el proceso en la medida que se entienda que la capacidad es inherente a la condición humana. En este caso se entiende por personas el hombre y ciertas organizaciones humanas que alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica. Se les atribuye desde el punto de vista jurídico personalidad con aptitud para ser titulares de derechos con las cargas y responsabilidades que se deriven del proceso.

La capacidad de ser parte se deriva de lo establecido en el artículo 26 de la Constitución Bolivariana , ya que el ser parte en un proceso no es sino una concreción del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales.

La noción de parte no se identifica con la de titular del derecho material discutido en juicio, esto es unas personas pueden ser los sujetos de la relación jurídico procesal y otras las personas de la relación jurídico material, puesto una persona puede ser “parte procesal” y carecer de la titularidad del derecho material que se resuelve en la decisión de mérito con una falta de cualidad o legitimación e igualmente una persona puede ser parte procesal y sin embargo carecer de capacidad procesal.

5. Capacidad de Obrar Procesal.

En el proceso no basta tener capacidad para ser parte, sino que es preciso también tener capacidad para actuar como parte. Surge así el concepto de capacidad procesal entendida como la capacidad de Obrar de toda persona en juicio.

La capacidad de obrar procesal es una manifestación de obrar de la persona. Para Almagro (1993, citado por Stagnan 1995,145) la Capacidad de obrar procesal presupone la capacidad jurídica procesal a seguir o asumir en nombre propio o en nombre ajeno la responsabilidad de la gestión del proceso y de los actos procesales de parte, así como sus consecuencias jurídico-materiales.

La capacidad procesal debe distinguirse de la capacidad para ser parte; la última tiene la posibilidad de recibir los efectos del proceso y de la sentencia, la capacidad procesal permite realizar actos que van a surtir efectos en el proceso como la presentación de la demanda.

6. Diferencias entre Capacidad y legitimación

La legitimación hace referencia al igual que la capacidad a una cualidad del sujeto, pero se distingue de ella por múltiples aspectos. La capacidad es una cualidad natural susceptible de ser apreciada de forma general o abstracta, es decir, con independencia de un acto determinado, pues es configurada por la Ley para todos los actos (o un grupo homogéneo de ellos), y con influencia sobre su validez. La legitimación por el contrario, hace referencia a una situación jurídicamente cualificada del sujeto, relativa al objeto del acto y por ello especial o específica para éste, y con influencia sobre su eficacia.

Con referencia al ámbito procesal tanto la legitimación como la capacidad para ser parte y la capacidad procesal aluden a una cualidad que se predica de las partes en un proceso, pero señalándose importantes diferencias: La

capacidad por ser una aptitud general, inherente al sujeto, determinada “in genere”, es una cualidad que se tiene o de la que se carece con independencia de un proceso determinado. La Legitimación, por el contrario, es una condición o cualidad de la que pueden gozar o no las partes en relación a un concreto proceso u objeto procesal (Gutiérrez, op. cit.147).

7. Contenido y Clases de legitimación

b. La legitimación *ad processum o capacidad*

Son “aquellas cualidades que condicionan la válida comparecencia de las partes en juicio *(legitima persona standi in indicio)”.* Se trata de un problema de presupuestos procesales, de condiciones para que un proceso instaurado entre personas sea válido.

Stagnan la ratifica como presupuesto de admisibilidad del proceso y como requisito para ser parte en el proceso judicial el cual fluye si se cumplen los requisitos que las leyes reguladoras del mismo exigen. (op. cit.164).

Este concepto es susceptible de ser tratado de manera autónoma y previa en el inicio del juicio, por razones de economía.

En el antiguo Código de procedimiento Civil de 1916, el artículo 39 indicaba que las partes en la causa debían ser personas legítimas, refiriéndose a su capacidad procesal, es decir a su capacidad para comparecer en juicio, independientemente de la noción de cualidad. Se puede tener activa y pasiva, sin tener capacidad procesal. La falta de capacidad procesal daba

lugar en el sistema positivo a excepciones dilatorias (art.248, 2º,3º y 4º CPC), jamás a una excepción d inadmisibilidad por falta de cualidad.

El actual Código de Procedimiento Civil estableció como defensa previa la "ilegitimidad de la persona del actor por carecer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio" (Art. 246.2º); la ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del acto, por no tener la capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio" (art.246.3º), y la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado por no tener el carácter que se atribuye" (art.246, 3º). Es así que el pronunciamiento del juez declarando con lugar tales cuestiones previas genera la necesidad de subsanación y, en caso contrario se produciría la perención de la instancia, pero nunca afecta la pretensión jurídica.

c. La Legitimación *ad causam* o cualidad.

Con este tipo de legitimación se quiere aludir la atribución del derecho a un determinado titular, esto es, se hace referencia expresa al sujeto del derecho deducido en el juicio, o a quien no siendo titular del derecho sustancial debatido en juicio, sin embargo, la ley le concede la posibilidad de pedir la actuación de los órganos jurisdiccionales. Existe consenso en la doctrina de que esta noción no tiene trascendencia para condicionar la admisibilidad de un juicio. Ortiz (Op. Cit. 513) nos señala en base a esta noción lo que pudiera ser una definición de la *legitimatio ad causam:*

> La *legitimatio ad causam* es sinónimo de la cualidad que otorga la ley para que un determinado sujeto pueda poner en movimiento la

> actuación jurisdiccional o frente al cual se actúa la jurisdicción sea bajo el alegato y pedido de un interés propio o la actuación del ordenamiento jurídico bajo la concepción de un interés jurídico, legítimo y suficiente. Se trata, como dice Loreto de una cuestión de Identidad lógica entre la persona a quien la ley concede el derecho o poder jurídico y la persona que lo hace valer y se presenta ejercitándolo como titular efectivo o contra quien se ejercita en tal manera.

Para Stagnan la legitimación ad causam o legitimación, es la que constituye requisito del poder de acción ("causam") y afecta la eficacia del proceso. Para este autor queda claro que la legitimación ad causam no puede condicionar la admisibilidad de un proceso, pues no es presupuesto de validez de éste. (op. Cit. 163) .Surge por el apoyo de la pretensión que se ejercita en el precepto de carácter sustantivo que la tutela protege, su tratamiento pertenece a las denominadas cuestiones de fondo y es requisito de existencia de la acción.

Ramos, (1992, citado por Stagnan op. cit, 163),por su parte así lo entiende, negando que la legitimación tenga trascendencia para condicionar la admisibilidad de un proceso, ya que la atribución de un derecho a un determinado titular no se va a hacer patente hasta la sentencia. Así mismo comenta que si esta cuestión no ha resultado siempre clara se debe a que en el derecho común, se dispensaba a los casos de legitimación para la causa , el mismo tratamiento que a la legitimación para el proceso, pretendiendo hacer de la prueba inicial de la titularidad una condición de validez del proceso.

d. Legitimación Ordinaria

En la legitimación ordinaria, la función jurisdiccional se actúa con sujeción al principio de oportunidad. La autonomía de la voluntad y la existencia de verdaderos derechos subjetivos privados suponen que la tutela jurisdiccional de los mismos sólo puede realizarse cuando quien comparece ante el órgano jurisdiccional afirma su titularidad del derecho subjetivo e imputa al demandado la titularidad de la obligación. La legitimación se resuelve así en esas legitimaciones.

Las características centrales de la legitimación ordinaria son a) Su separación respecto de la pretensión de fondo, esto es, una cosa es quien puede pretender(legitimación) y otra si la pretensión debe estimarse o no (tema de fondo), la atribución de la legitimación se realiza en una norma de naturaleza procesal, independientemente de que el sujeto demandado sea capaz o no, el legislador puede aumentar o disminuir las personas legitimadas para pretender; c) la legitimación ordinaria se define en base a la mera afirmación de ser titular de un derecho e interés y la afirmación de que alguien debe satisfacerlo. La regla general de la legitimación ordinaria está prevista en el artículo 140 del Código procesal civil: “Fuera de los casos previstos por la ley, no se puede hacer valer en juicio, en nombre propio, un interés ajeno”

Conectada esta previsión constitucional de que el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia se hace para la “tutela de sus derechos e intereses”, se entiende entonces que el derecho y el interés deducido deben ser propios. Lo que ocurre es que tal situación es solventada con la mera autoatribución y sólo en la sentencia de mérito se determinará la pertinencia objetiva de la afirmación.

e. Legitimación Extraordinaria

Se trata de aquellas posiciones en las cuales la posición habilitante para formular la pretensión, en condiciones de que sea examinada por el Juez en cuanto al fino, deriva no de la simple autoatribución sino que requiere de la expresa previsión del legislador; en tales casos, no se refiere a quien sea titular de un derecho o de un interés, sino de un derecho o de un interés ajeno. El mismo artículo 140 del Código de procedimiento Civil comienza señalando "fuera de los casos previstos por la ley, no se puede hacer valer en juicio, en nombre propio, un derecho ajeno, de lo cual se deduce que la ley puede establecer a posibilidad de hacer valer en el proceso un derecho ajeno.

Así mismo el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española regula la "condición de parte procesal legítima" y, en tal sentido dispone: "Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso" pero la última parte del artículo establece: "Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular".

8. Legitimación y representación

Los supuestos de representación en cualquiera de sus manifestaciones – nos señala Gutiérrez- (voluntaria, legal y necesaria) no suponen un caso de

legitimación (indirecta) aunque entre ellos exista una separación entre quien actúa en el proceso y e titular de la situación jurídica deducida.

El origen de este error se encuentra en la legitimación para el proceso, al cual se refiere a los supuestos de representación legal y necesaria y la legitimación para la causa. El tratamiento similar que se le da en el proceso ordinario, exigiendo la acreditación “in limine” y condicionando la admisibilidad del proceso, a pesar de tener una naturaleza procesal la primera y la segunda una necesaria proyección en la titularidad sustantiva, subsumiendo ambas circunstancias en el carácter.

Algunos autores incluyen a la representación en los casos de legitimación indirecta, en cuyo supuesto, la parte no es el representante, sino el representado, teoría ésta incorrecta. El representante no hace valer ninguna pretensión propia, no defiende su interés jurídico- material en el proceso, no afirma la titularidad de una posición legitimante; actúa simplemente en nombre y por cuenta del representado.

La legitimación atañe a la situación jurídica sustancial por la que la ley habilita directamente a un sujeto para ejercer una concreta pretensión de tutela jurisdiccional, y, por consiguiente, su denegación afecta, tiene una proyección en el fondo del litigio, como resultado sustancial acerca de la tutela solicitada. La representación tiene una finalidad y una incidencia meramente instrumental o formal con respecto al debate judicial. Esta condiciona la validez de la propia relación procesal, aquella condiciona la fundamentación de la acción: por eso es más preciso referirse a la legitimación como reconocimiento o cualificación jurídica que determina la idoneidad de un sujeto para hacer valer como parte en un proceso una

concreta pretensión y no como posibilidad o autorización legal para realizar una actividad procesal válida y eficaz (Gutiérrez, op. cit., 173).

Para Bujosa, el órgano jurisdiccional para la satisfacción de forma revocable de un interés de grupo reconocido por el ordenamiento debe realizar dos valoraciones:

1.-El interés deducido en juicio .

2.-La juridicidad del interés deducido de la función representativa de la asociación o grupo.

La pregunta radica en quién puede llevar a cabo esta representación, en relación con un interés que puede pertenecer a una comunidad de individuos, explicando como dicho sujeto puede deducir en juicio situaciones de ventajas propias y también ajenas coincidentes con la suya, al ser miembro del grupo cuyo interés se pretende tutelar.

La orientación social de un Estado social y democrático de Derecho hace necesaria la búsqueda de sujetos que sean portadores de estos nuevos intereses y como tales tengan acceso a los tribunales de justicia en demanda de Tutela efectiva (Bujosa, op. cit, p.161).

Algunos autores, entre ellos Bujosa sostienen que la colectividad quien es el titular inmediato del interés, no puede por sí sola actuar en el proceso, se plantean así problemas por la ausencia de personalidad del ente amorfo, que requiere la intervención de un representante o ente exponencial que ejerce pretensiones de carácter preventivo, más que de resarcimiento de daños y perjuicios, debido a la propia naturaleza del interés tutelado.

Cuando en esta colectividad existen verdaderas posiciones individuales cualitativamente idénticas ante situaciones lesivas, es necesario el ejercicio de mecanismos procesales que permitan la accionabilidad conjunta, un ente exponencial o un representante para una adecuada defensa colectiva de estos intereses. Este ente exponencial puede ser tanto una institución pública, una asociación que cumpliera ciertos requisitos (reconocida por el ordenamiento jurídico) o un miembro del grupo que ejerciera una adecuada defensa de estos intereses.

En el caso de los intereses de grupo -continúa el autor-, el elemento subjetivo en ocasiones se condensa en entes con personalidad jurídica y en la mayoría de los casos no existe una coincidencia entre los miembros afectados y aquellos que forman la persona o personas que eventualmente se organicen para su defensa, se trata del problema de que aunque cada miembro individual del grupo posea su personalidad propia , la colectividad por sí misma no puede actuar en el proceso pues carece de personalidad jurídica como tal. Es así que surge la necesidad de un representante exponencial, pero el problema que se nos presenta es la determinación de *quién* y cómo puede instar una protección eficaz para estos intereses ante los órganos jurisdiccionales.

Las dificultades de personalización que afectan a los intereses de grupo se traducen en dificultades de acceso a la jurisdicción, de mayor o menor grado dependiendo de la determinabilidad subjetiva de los miembros. Cuando el interés del grupo no está tan determinado, no coincide con el ámbito subjetivo de miembros de ninguna persona jurídica, puede ser más amplio o que no posea una estructura orgánica, entonces los problemas de tutela son mayores. Es por ello necesario intervenir para establecer criterios de

representatividad que garanticen la seriedad y buen propósito de la actividad procesal de los representantes (Ibíd., 163)

En este caso Bujosa se refiere a que la colectividad se encuentra entendida como un ente amorfo que ejerce funciones de carácter preventivo más que de resarcimiento de daños y precisa la intervención de un representante o ente exponencial, para permitir la accionabilidad conjunta. Nótese el hecho de que se habla de mecanismos preventivos y no indemnizatorios producto de conductas lesivas, por lo que pudiéramos suponer que no se trata de intereses supraindividuales, sino de un mero interés en la legalidad por parte de la colectividad.

Para Gutiérrez (Op. Cit., 197), por el contrario, los intereses supraindividuales no deben basarse en la representación o confundirse con una supuesta representatividad adecuada. Considera que no cabe aquí hablar de representación en el sentido que a esta institución se otorga en el Derecho civil ni procesal, sino en todo caso en sentido sociológico o político. Criticando la posición de Bujosa, comenta que el anterior enfoque del autor entiende la legitimación colectiva como una "separación entre titularidad de una posición jurídica lesionada y legitimación, de modo que pueda interponer la demanda no sólo el lesionado, o en la que se afirma que no cabe reconducir tales situaciones a las tradicionales de derecho subjetivo ni interés legítimo, haciendo suya la postura de Capeletti de que "nadie es titular" al tiempo de que todos lo son, o de Caravita que los caracteriza por no ser apropiables por nadie e imputables a ningún individuo .

Aún cuando se observa y reitera la existencia de una representación y se exige una supuesta "representatividad", no es más que un problema de legitimación (para la defensa de intereses supraindividuales, pero auténtica

“legitimación ad causam”) – y si ésta existe o no ello lo deberá apreciar el Juez en cada caso,- se mantiene en otro lugar, que en estos casos la legitimación “ se basa en la afirmación de un riesgo que afecta a los intereses de grupo, que por su naturaleza pertenecen también al individuo y a los demás miembros del grupo. Citando a Vigoriti cuando expresa: “Si actúa un ente exponencial, éste no es ni sustituto procesal, ni representante de sus asociados, sino gestor autónomo del interés colectivo y también, junto a los demás miembros de la colectividad, titular del mismo.”

9. La Representatividad adecuada

Es así que se ha planteado la teoría de la representatividad adecuada por parte de autores como Capelletti (1975, 53) quien indica la necesidad de fijar criterios de legitimación para evitar abusos como producto de una legitimación indiscriminada para demandar la tutela de relaciones “no suyas”. Es por ello que el surgimiento de las relaciones de grupo hace necesaria la superación de la doctrina tradicional e individualista requiriéndose la construcción de un concepto de legitimación distinto, consistente en una relación de conexión “ideológica” más que propiamente jurídica entre las partes y la relación deducida en juicio.

Resalta por otra parte, los problemas que podrían suscitarse con este portador del interés colectivo en cuanto a las garantías procesales (derecho a la defensa, contradicción, notificación, etc.) debido a que los que participan en juicio tienen un derecho natural a ser oídos sin lo cual el pronunciamiento no debería tener eficacia de cosa juzgada; y de otro lado, la estricta tutela de

estas (dada la imposibilidad material de identificar a todas las partes ausentes, de notificar todos los actos del juicio, de ofrecer a todos una efectiva posibilidad de intervención, etc. Superándose así el antiguo garantismo individual para pasar a un garantismo social o colectivo concebido como salvaguarda de los nuevos grupos. Para tal efecto el portador debe ser cualificado, es decir , es necesario que ostente la adecuada representatividad, de forma que si la parte ideológica es representativa de toda la clase o grupo a la que corresponde el interés, será perfectamente legítimo que el proceso desarrolle sus efectos respecto a las partes ausentes (Capelletti citado por Gutiérrez, op. cit 203-204).

Tal afirmación ha sido acogida por la doctrina europea considerando que el derecho a accionar en interés colectivo de los consumidores, no pude ser reconocido a todas las asociaciones que pretendan defender éste interés al ser un riesgo la multiplicación de acciones ejercidas por asociaciones para las cuales el interés de los consumidores serviría de máscara de otros intereses. De allí que algunas legislaciones consideren que no todas las entidades deben utilizar estas facultades legitimatorias extraordinarias, sino sólo aquellas que poseen una representatividad cualificada.

Bujosa (op. Cit., 186) afirma por su parte, que no todos los miembros del grupo pueden acudir ante los tribunales, sin embargo, para que la sentencia pueda afectarles válidamente a todos ellos deben existir unas garantías mínimas, los intereses de los ausentes deben ser adecuadamente protegidos ante el órgano jurisdiccional. El representante –señala- en estos supuestos, es el depositario de la legitimación colectiva; la pretensión no ser refiere a un derecho, privilegio, inmunidad o poder propios, sino que es el *ideological plaintiff.*

Vigoritti (citado por Gutiérrez, Op. Cit., 206) habla de la alternativa de atribución de legitimación para la defensa de intereses “colectivos” o a todos los titulares de los intereses que “confluyen en el colectivo”, o sólo a algunos de éstos, que serían precisamente, los adecuados portadores del interés colectivo. Lo cual significa la exclusión de todos los demás titulares de singulares posiciones jurídicas sustanciales relacionadas de la categoría de legitimados para accionar, y al mismo tiempo, su sujeción a la eficacia de la sentencia. Señalándose que sería inconstitucional negar a todos los titulares de las situaciones correlacionadas la legitimación para demandar, de forma que ninguno pudiera promover la defensa del interés propio y colectivo, por lo que no es necesario que todos los titulares deban estar legitimados para demandar.

Tal construcción continúa indica Gutiérrez, es errónea, pues la legitimación para instar la tutela jurisdiccional por hechos ilícitos que afectan el interés legítimo del grupo, si bien supone la superación de un derecho subjetivo o del interés exclusivo, no implica que se desvincule la legitimación respecto a la afirmación de titularidad de quien reclama la tutela jurisdiccional. La legitimación –verdadera legitimación *ad causam*- sigue existiendo en estos casos y opera de acuerdo a los mismos esquemas conceptuales que en todos los demás presupuestos (op. Cit., 208).

Las razones citadas por la doctrina española representada por Gutiérrez de Cabiedes opina que tal posición es insostenible de acuerdo a las siguientes razones:

1) Razones técnico- jurídicas y de justicia material, ya que no puede despojarse al sujeto de la legitimación (de su derecho subjetivo o interés legítimo) en razón de una argumentación que pretende favorecer la

economía procesal o el prescindir de procesos idénticos, lo que supondría el desconocimiento de derechos sustantivos tales como el acceso a los tribunales de justicia y el derecho a la tutela jurisdiccional de los mismos.

2) Razones de oportunidad que indican que esta limitación y selección de los sujetos legitimados (en virtud de lo cual sólo uno o unos pocos sujetos fueran los que pudieran instar la tutela judicial de una situación judicial que no es única y exclusiva de los mismos podría ser propicia a la posibilidad de desviaciones y colusiones procesales.

3) Que en caso de que la excusa fuera la articulación de un proceso único para lograr la economía procesal, el principio de audiencia y contradicción no se vería protegido mediante una pretendida representatividad adecuada de un sujeto exponencial seleccionado, sino mediante la efectiva garantía de la posibilidad de participación y contradicción en el proceso, a través de una amplia publicidad del mismo, ya que garantizada éstas la no participación y defensa de los legitimados sería considerada una renuncia de su acción.

4) Y en el supuesto de que se tratara de un proceso en el que una pluralidad de sujetos pretendan la protección de sus respectivos derechos individuales con una conexión de causalidad y que se articule mediante el mecanismo de la representación (aunque sea tácita), tampoco está en peligro el principio de audiencia, pues el parámetro de la actuación procesal del representante es el ordinario –existente en todo supuesto de representación- con el conocimiento de quienes la otorgan o la reconocen tácitamente.

Por tanto se distingue entre:

a. Procesos cuyo objeto sea la pretensión de tutela de un interés colectivo o difuso:

- No hay representatividad, sino legitimación dada por la lesión en la esfera jurídica protegida de quien actúa.

b. Aquellos en que el objeto esté constituido por una pluralidad de derechos individuales homogéneos.

- No hay representatividad pues ésta no concurre. Lo que existe es una representación ordinaria, por la voluntad de las partes quienes son los verdaderos titulares de la relación jurídica sustancial.

5) No puede hacerse precisa la expresión “portador del interés colectivo pues no expresa de forma clara si con ella se alude a quien actúa con legitimación propia, en defensa de un interés propio (aunque también de otros sujetos), o a quien lo hace acumulando una serie de pretensiones individuales de un conjunto de sujetos particulares, en representación de los cuales comparece (representación que aunque pueda configurarse como tácita o presunta, será siempre voluntaria, al precisar del consenso o no reprobación de los titulares y verdaderos legitimados que son los únicos que pueden disponer de los derechos y de las pretensiones que tienen a éstos como objeto).

La causa del error en cuanto a la representación reside en la no diferenciación de estos dos tipos de situaciones jurídicas u objetos procesales y de sus respectivos mecanismos jurisdiccionales de tutela, así como en la mezcla de las características y exigencias propias de cada uno de ellos (Gutiérrez, op.cit. 212).

Por otra parte, lejos de aplicar los controles administrativos previos para autorizar la legitimación para el ejercicio de acciones jurisdiccionales en defensa de los intereses supraindividuales u obtener una opinión favorable del Ministerio Público, creemos que es el juez quien debe realizar el mencionado control como corresponde a su función jurisdiccional. En el caso de existir una aprobación previa por parte de un órgano administrativo, dicho trámite debería ser homologado o ratificado por el órgano jurisdiccional que es el que de manera exclusiva ejercería esa función.

Denti (op. Cit. 308) afirma la insustituibilidad del papel del Juez en este campo, confirmada por la experiencia norteamericana en la verificación del *standing.* En su opinión, el otorgamiento de legitimación mediante procedimientos administrativos de control, es una "alternativa peligrosa, sobre todo allí donde en juego alternativas de fondo sobre nuestra sociedad. El control administrativo de la legitimación podría poner para este autor fuera de juego a las formaciones sociales menos proclives a someterse a las preferencias del poder público.

También el autor español Gómez de Llaño (op. cit., 571) señala que si se entiende que la presencia de entes oficiales o dotados de representatividad, "evite que el Juez tenga que valorar qué grupo tiene o no la capacidad precisa, estamos interponiendo un filtro, una decisión previa, no jurisdiccional, sobre qué grupo puede o no defender en juicio sus intereses" y sobre ese particular "solo pueden manifestarse los tribunales, de otra forma podría existir una desviación de carácter constitucional y sobre todo, un obstáculo grave a la progresión de las ideas sociales dominantes.

Será entonces la vía legislativa la que configure las características y criterios aplicables que debe cumplir quien se encuentre habilitado para el

ejercicio de una acción determinada, sin que parezca recomendable un reconocimiento normativo expreso de los “entes autorizados” para pedir la tutela de determinados intereses jurídicos.

La legitimación para el ejercicio de la acción jurisdiccional no puede sino establecerse en la ley sino de acuerdo a criterios abstractos y generales pues es la proyección procesal de la titularidad de una situación jurídica material digna de ser tutelada y necesitada de ella. Y son los órganos jurisdiccionales quienes han de apreciarla, esto es, llevar a cabo la aplicación e interpretación de aquel reconocimiento legal. Por lo demás, el propio sistema procesal goza de mecanismos (como la imposición de costas) que penalizan la temeridad o mala fe o mala fe de quien activa el proceso, en caso de que éstas fueran apreciadas por el mismo órgano jurisdiccional.

No es de los supuestos criterios de valoración de la representatividad adecuada de lo que ha de depender la legitimación, pues estos no son más que circunstancias que no pueden ser consideradas condicionantes para el ejercicio de acciones jurisdiccionales. Ha de depender pues, la legitimación para la defensa de un interés supraindividual o de cualquier otra situación jurídica protegida de la afirmación de la titularidad de un derecho o interés legítimo de quien activa el proceso. Y en el caso de las asociaciones, para que pueda reconocérseles legítimamente en el sentido auténtico del término, es la de su finalidad asociativa (definida en sus normas estatutarias), punto de conexión del objeto litigioso con el sujeto –la asociación- y que tendrá que afirmarse como concreta situación legitimante. Es esa finalidad la que determina y delimita su propio ámbito de actuación, su interés legítimo (Gutiérrez, op. cit. p.216 - 217).

E. LAS PARTES EN EL PROCESO

1. La parte como elemento Subjetivo del proceso.

A pesar de que la doctrina estudie algunas figuras como el Litisconsorcio bajo la óptica de “Pluralidad de Partes” éstas son sólo dos, a saber, “parte actora” y “parte demandada”; fuera de esta dualidad no es posible integrarse en un proceso. Tal expresión es cierta en el caso de la tercería en la cual a pesar de existir una acumulación de procesos en la sentencia definitiva, las “partes” originales se convierten en parte demandada en la pretensión por tercería, pues lo correcto es hablar de una pluralidad de sujetos en la misma posición de parte. Según Serra Domínguez (citado por Ortiz, Op. Cit., 678) el principio de dualidad de partes que informa el proceso civil no impide que en la posición de cualquiera de las partes –demandante o demandada- existan diversos sujetos que pidan o frente a los que se pida la actuación de una determinada pretensión. Esta pluralidad de sujetos procesales en la posición de una única parte es conocida en la doctrina con el nombre de Litisconsorcio.

Montero Aroca (2000, 90) define el Litisconsorcio de la siguiente manera:

> Estamos ante un proceso único con pluralidad de partes cuando dos o más personas se constituyen en él, con la posición de actor y/o demandado, estando legitimados para ejercitarlo o para que frente a ellas se ejercite una única pretensión (originadota de un único proceso), de tal modo que el Juez ha de dictar una única sentencia, en la que se contendrá un solo pronunciamiento, el cual tiene como propiedad inherente a la misma el afectar a todas las personas parte de modo directo o reflejo.

Para determinar quienes de los individuos interesados en el conflicto jurídico deben formar parte del proceso que se origine, existen medios procesales en los que es posible que actúe una pluralidad de partes siempre que sus intereses estén unidos por vínculos de solidaridad, indivisibilidad o exista conexión que permita formar parte de un proceso único.

En tal sentido, se pueden distinguir diversos modos que posibilitan la integración de las partes en el proceso:

1. Descomponiendo la pretensión entre las diversas personas que incurren en cada posición de parte (litisconsorcio voluntario).

2. Integrando a todos los sujetos de tal forma que no sea posible el ejercicio de la pretensión sin la concurrencia de todos (litis consorcio necesario).

3. Vinculando a todos a resultas del ejercicio de la pretensión que realicen uno o varios (Litis consorcio *cuasi* necesario).

4. Considerando a cada uno como demandante o demandado, sin perjuicio de que durante la tramitación del proceso puedan intervenir otros por su interés en la pretensión (intervención).

2. Supuestos de Pluralidad de las Partes

En todo proceso, causa, juicio, pleito existe una estructura conformada por un sujeto (pueden ser varios), objeto y causa de pedir. En este orden de ideas debemos diferenciar la acumulación subjetiva de pretensiones de la

mera acumulación de procesos; la primera se produce cada vez que pueden reunirse en un procedimiento varias pretensiones, contra una misma persona o contra varias de ellas, o que diversas personas persigan las mismas pretensiones o pretensiones conexas. En el segundo caso de la simple acumulación de procesos existe vinculación entre diversas causas por razones de conexidad.

a. El Litis consorcio.

El Litis Consorcio consiste en la presencia simultánea de varias personas en el proceso por encontrarse en la misma posición de parte, siempre que la acción y, en consecuencia, los efectos de la sentencia (cosa juzgada) se extiendan a todos ellos (Stagnan, op.cit. 321).

Para algunos autores el litisconsorcio no más que una simple acumulación de pretensiones que genera cada una un proceso cuya envoltura es el procedimiento. Serra Domínguez (1971, citado por Ortiz, Op. Cit., 677), considera que el proceso es siempre único, exista o no Litisconsorcio, variando únicamente las pretensiones que en el Litisconsorcio pueden ser múltiples. El proceso es único con independencia de que su objeto o los sujetos y la causa de pedir sean varios. Es posible dentro de uno de los supuestos del Litisconsorcio, que las varias personas que se presentan en la posición de actor, persigan exactamente la misma pretensión, con lo cual la acumulación es netamente subjetiva, pero no de pretensiones, y obviamente la pretensión es única. Ortiz distingue las dos relaciones que pueden darse

con respecto a la pluralidad de sujetos en una causa, con respecto de la pretensión:

1. Cuando el litisconsorcio se presenta con respecto de una misma pretensión, sea como actor o sea como demandado;

2. Cuando el Litis Consorcio se presenta, a su vez, con una pluralidad de pretensiones, en cuyo caso debe existir algún vínculo de conexión entre ellas, porque en caso contrario no procede ningún tipo de acumulación procesal sino que las diversas pretensiones deben ser tramitadas cada una por separado. Esto se sustenta que en el último caso, no tiene justificación en la economía procesal ni en la seguridad jurídica.

Podemos decir que el Litisconsorcio es el fenómeno de acumulación procesal subjetiva por el cual varias personas pueden actuar como sujeto activo (actor) o sujeto pasivo (demandado), con respecto de una misma pretensión jurídica o varias pretensiones, necesariamente vinculadas entre sí por razones de conexidad.

Debe observarse que a pesar de encontrarse reunidos en la misma posición, los Litisconsortes no mantienen identidad de derechos ya que concurren al proceso con pretensiones propias, autónomas e independientes.

Con respecto a la naturaleza del Litisconsorcio, existen cuatro planteamientos básicos:

a) Quienes explican el Litisconsorcio como una pluralidad de partes;

b) Quienes sostienen que no es más que un tipo de acumulación de procesos;

c) Quienes por su parte estiman que se trata de una acumulación de pretensiones y

d) Quienes sostienen que se trata de un supuesto de acumulación procesal.

a) quienes explican el Litisconsorcio como una pluralidad de partes. El término resulta incorrecto pues las partes siguen siendo dos, a saber “parte actora” y “parte demandada”; fuera de esta dualidad no es posible integrarse en un proceso, con excepción de los procesos complejos, por ejemplo, la demanda de tercería en donde, a pesar de existir una acumulación de procesos en la sentencia definitiva, las “partes” originales” se convierten en parte demandada en la pretensión por tercería. Lo correcto es hablar de una pluralidad de sujetos en la misma posición de parte.

La pluralidad de partes es un fenómeno consecuencia de la legitimación plural; es decir, la legitimación tanto activa como pasiva, puede corresponder a una única persona, pero también puede corresponder a varias, sin que ello signifique que las personas legitimadas tengan que actuar coordinadas o subordinadas.

Cuando varias personas, al cumplir con los requisitos formales, coinciden en una misma posición procesal: se trata de litis consortes, que se diferencian de las multi partes que surgen en los procesos, cuando hay colocados varios litigantes en diferentes posiciones procesales (actores, demandados, terceristas, por ejemplo).

Para que los litis consorcios existan, y surjan varios sujetos (plurales) que litigan en la misma posición de una de las partes, es necesario:

1) Que la ley los contemple y ordene la actuación conjunta de las personas como legitimados activos o pasivos (litis consorcio necesario); o cuando por

existir una relación sustancial única que interesa a varios sujetos, es indispensable que sea resuelta de modo uniforme para todos.

2) Que varias personas puedan asumir la misma posición procesal, porque el título de pedir, o el que autoriza que contra ellos se pida, es común a todos. Esto es producto:

a) De que se trata de un mismo hecho, productor de efectos jurídicos (civiles, penales, etc.) atribuible a todos. Un mismo hecho sirve de base a la pretensión.

b) Que se trata de un derecho o una obligación o prestación compartida entre varios que deriva de un mismo título (negocio jurídico del cual deriva el derecho).

c) Que se trate de personas que se encuentran en idéntica situación jurídica con relación al objeto de la causa, por lo que cualquier acción sobre él afecta a todos.

Para que puedan existir litis consorcios, es un requisito *sine qua non*, que exista un nexo común entre quienes conforman una misma posición procesal, dicho nexo surge de los supuestos 1 y 2 reseñados. La Sala constitucional en este tema señaló:

> Conforme a la naturaleza de la conexidad, a veces las diversas partes no pueden escindirse, y judicialmente tienen que obrar en conjunto, agrupándose en una única posición procesal. No puede en estos casos existir una relación jurídica procesal válida si no concurren todos los que se encuentran en la situación de conexidad, y el fallo que dicte será ineficaz si no se llamó a todos a juicio, ya que el mismo debe contener un único pronunciamiento. Una de estas especies es el llamado litis consorcio necesario.
>
> Otras veces la obligatoriedad de comparecencia surge de la necesidad de que el fallo abarque a todos los que se encuentran en una misma situación jurídica, como ocurre con los miembros

> de las comunidades, ya que la declaratoria de un derecho a favor o en contra de la comunidad, necesariamente debe resultar de que todas los miembros hayan sido llamados a juicio, por ser los derechos y obligaciones de la comunidad inherentes a toda ella.
>
> Pero, en otras oportunidades, a pesar de la coyuntura entre las personas, que las une, los fallos a dictarse pueden ser de diverso contenido con relación a las partes conexas, ya que en un proceso único se ventilan diversas pretensiones y objetos y la sentencia que se dicte produce diversos efectos para los agrupados en una de las posiciones procesales, pudiendo algunos quedar absueltos y otros condenados, ya que se trata de una conexión relativa la que une a las personas. En estos casos, no es necesario que todos los conexos formen parte del proceso, aunque pueden integrase a él por razones de economía, celeridad procesal, y de evitar sentencias contradictorias en cuanto al eslabón que los une.
>
> Por ello, cuando hay varias personas que se les atribuye su participación en un hecho, a pesar del nexo que los une (el hecho), como la responsabilidad respecto a ellas puede ser diferente de acuerdo a sus participaciones, a ellos no es necesario juzgarlos en común, aunque ello sea lo recomendable, debido a que se trata de un solo hecho el que genera la causa, y de allí surgen los litis consorcios facultativos y los uniformes, así como las normas sobre las acumulaciones de autos. Tratándose de evitar fallos contradictorios, en el sentido que el hecho exista para unos y no para otros, a pesar que se imputa y afirma la participación en él de varios, el legislador previno causas con “pluripartes”, pero es claro que estas, podían actuar separadamente, porque, salvo en el hecho conexo, las consecuencias de su actividad genera efectos distintos.

En los procesos con litis consortes necesarios se dictará una sola sentencia que abarque a todos. La legitimación es conjunta y las personas actúan en una misma posición procesal, ya que la cualidad reside en todos los que son llamados a la causa, es aquí en donde opera el Litis Consorcio necesario pues siempre se presenta como una unidad de pretensiones, a diferencia del Litisconsorcio Facultativo que se plantea con pluralidad de pretensiones al

ser cada uno de los litisconsortes con relación a su contraparte un litigante distinto. Es así que la Sala afirma:

> […] Tal situación conduce a que, por ejemplo, un litis consorcio facultativo puede ser objeto de una sentencia del Superior, donde la demanda contra un consorte se declara con lugar y sin lugar con respecto al otro consorte. La contraparte del consorcio no anuncia recurso de casación, pero el perdidoso sí lo hace, y ante una denuncia de forma, se casa el fallo y se anula la sentencia recurrida. ¿Puede el fallo de reenvío volver a sentenciar sobre la responsabilidad del otro litis consorte que fue excepcionado por el fallo? A todas luces, resulta injusto, que una parte que no podía ir a casación, ya que ganó; cuya contraparte no anunció recurso de casación, por lo que no tenía ni podía defenderse en casación, vaya a resultar perjudicado por un fallo dictado a sus espaldas, que anula por vicios de forma sentencia recurrida, y que no está referido al nexo que une a los consortes.
>
> En un Estado de Derecho y de Justicia, como el que propugna el artículo 2 de la vigente Constitución, la solución bajo crítica aparece como injusta tanto, en el proceso penal como en el civil, además de que causa indefensión. (Sentencia No. 369 de 27 de marzo de 2001).

1) El Litisconsorcio y los Intereses Colectivos y Difusos.

Otro fenómeno de pluralidad lo constituye la tutela de intereses colectivos y difusos. Entre el litisconsorcio y estos intereses pueden mencionarse algunas diferencias:

a) Con referencia a la Lesión: Lo determinante para identificar lo difuso y lo colectivo es la determinabilidad de la lesión y la necesidad de reparación, es decir, la lesión es la misma y compartida por igual con respecto de todas las personas que se encuentren en la misma situación jurídica, grupal o social;

b) En cuanto a la legitimación: los intereses colectivos o difusos atañen a los efectos de la legitimación colectiva y no de actuación plurisubjetiva; es decir, si varias personas se presentan en la invocación de un interés colectivo o difuso, se habrá configurado el litisconsorcio pero no por virtud del interés invocado sino por la presencia plural en el mismo proceso. Ahora, una misma persona puede invocar tales intereses colectivos o difusos siempre que demuestre, su vinculación con tales intereses, por lo cual la pluralidad no es requerida.

c) En los intereses colectivos y difusos estamos en presencia de una legitimación compartida cuya titularidad está en cualquiera de los sujetos que se encuentre en la misma posición jurídica del grupo o de la sociedad; en cambio, en el litisconsorcio, la legitimación no es compartida sino individual, solo que por necesidades del proceso y de la sentencia en particular, el proceso debe ser perfeccionado con todas las personas sobre las cuales la sentencia va a surtir efecto o por conveniencia del proceso, los interesados pueden intervenir en el mismo proceso.

d) En relación con la sentencia: en ambas situaciones, es decir, en los intereses colectivos y difusos y en el Litisconsorcio, la sentencia produce efectos diferentes; en el primero, la sentencia es única para todos, produciendo los mismos efectos que para todos los vinculados por el interés; mientras que en los supuestos del Litisconsorcio, la

sentencia puede producir efectos diferentes con respecto de cada persona en articular, sobre todo si se trata de Liitsconsorcio con pluralidad de pretensiones.

b. Legitimación e Intervención procesal.

Se origina la tercería cuando un tercero intenta una acción interviniendo en un Juicio preexistente que ha sido planteado ante un Tribunal donde igualmente se ventilará la tercería. Esa acción tiene como fundamento la pretensión del tercero acerca del reconocimiento de su mejor derecho sobre los bienes objeto de embargo, secuestro o sujetos a prohibición de enajenar y gravar, o de aquellos en razón de los cuales se trabó la litis. (Parrilli, 1997, 39).

El Juicio de tercería constituye un supuesto de Litisconsorcio sobrevenido a juicio de Ortiz (op. cit.,695), pues en este proceso si bien la parte actora es una (el tercero) en cambio, la pretensión del tercerista se dirige por igual tanto a la parte actora y demandada originales, formándose un litisconsorcio pasivo.

La legitimación procesal puede referirse respecto a terceros que intervienen en el proceso iniciado que entran a integrar posturas parciales en la defensa de sus intereses.

Es así que la legitimación procesal puede ser originaria o inicial, referida al momento de la demanda (derivada de la afirmación de titularidad de la situación jurídica deducida en juicio o de otra conexa, también protegida

jurídicamente, por la que la ley habilita a un determinado sujeto a demandar en juicio la tutela de una relación jurídica ajena), y sobrevenida, si se refiere a la actuación en el proceso a través de la intervención procesal y se funda en la afirmación de un interés sustancial protegido que puede resultar afectado de un modo directo o reflejo por la sentencia. Es este también un supuesto de legitimación que cae dentro de la institución objeto de nuestro estudio, con plena coherencia del concepto que se mantiene de la legitimación (Gutiérrez, op. cit., 174).

3. El Sujeto legitimado.

Entendemos por sujeto legitimado aquél a quien el ordenamiento confiere una cualificación subjetiva (legitimación) que le permite, si reúne los demás requisitos de la acción (interés en accionar y accionabilidad), realizar válidamente actos de ejercicio de este poder jurídico.

Según Stagnan (op. cit., 159), no resulta esencial para la legitimación la necesidad de configurar al sujeto legitimado como parte. Bien es verdad que toda parte debe reunir, además de la capacidad y demás presupuestos de validez procesales, la legitimación y demás elementos estructurales de la acción que le posibiliten realizar actos procesales, válidos y eficientes. Pero –indica este autor- de ahí no cabe inferir, que la legitimación lleve implícita la capacidad del sujeto pues operan en niveles distintos, aquella respecto de la acción y ésta respecto del proceso, ya que en la realidad práctica la acción sólo puede ejercitarse procesalmente a través de la pretensión y es que para poder ser parte debe concurrir la legitimación.

Habría que destacar las consecuencias de distinguir parte y sujeto legitimado para los grupos pues el reconocimiento de su legitimación supone el primer paso para alcanzar una solución a la problemática de la tutela judicial de estos entes sin personalidad jurídica.

En la doctrina española cuando se habla de parte legítima, se alude a la cualidad que la parte debe poseer para que la sentencia produzca respecto a ella sus efectos.

Desde el punto de vista del proceso, toda parte legítima debe:

a.- tener capacidad para ser parte y para actuar como tal en el proceso. Se corresponde con el concepto procesal de parte.

b.- Estar legitimado para poder ejercer el poder de acción. Para pretender la tutela jurisdiccional del derecho o interés legítimo. Se corresponde con el concepto de sujeto legitimado.

Si con el reconocimiento de los intereses de tipo colectivo o difuso se trata de promover la tutela jurisdiccional de estos intereses, el problema de que la titularidad sólo puede pertenecer a personas físicas o jurídicas no se plantea, ya que el grupo que sirve de referencia subjetivo a aquellos tiene reconocida legitimación, y por ende, la cualidad de sujeto legitimado. Distinto por tanto, de la persona o personas que asuman en nombre del grupo la tutela procesal del interés supraindividual.

Sin embargo, la legitimación no requiere la titularidad en sentido técnico-jurídico, sino que exista una relación suficiente entre el sujeto y esos derechos o intereses. Ello permite atribuir legitimación a los grupos, según lo

reconoce la Ley, sin que pueda oponerse que carezcan de personalidad jurídica y por ende de titularidad.

4. Legitimación y Titularidad.

Mientras que la legitimación fundamenta el desarrollo por entero del proceso, la titularidad fundamenta la sentencia en el sentido pedido por el actor. La legitimación determina qué sujetos o sujetos pueden en principio sostener una determinada pretensión y frente a quién; la titularidad efectiva resuelve un problema posterior: la resolución definitiva sobre el fondo en sentido favorable.

Pero ha de tenerse en cuenta, que si la legitimación está referida a la Posición en que ha de encontrarse un sujeto para poder sostener (con posibilidades de éxito) una pretensión y por tanto para poder conseguir una resolución favorable a la tutela jurisdiccional solicitada, es un presupuesto previo y necesario para poder ser titular del derecho o interés alegado para el que se pide tutela, para poder ser merecedor de la tutela reclamada.

5. Legitimación por sustitución procesal

La legitimación puede concebirse como un supuesto de legitimación extraordinaria o por sustitución procesal.

Actúa para algunos autores en el campo de la legitimación corporativa cuando se consideran legitimados en calidad de sustitutos de sus miembros que son los verdaderos titulares de ese derecho, los colegios profesionales, Sindicatos, Cámaras, Asociaciones y entidades constituidas legalmente para velar por intereses determinados. Así mismo en la Jurisdicción laboral en la legitimación de los Sindicatos en la defensa de los intereses que le son propios algunos autores consideran la existencia de una sustitución procesal.

Montero (1994, citado por Cabiedes, Op. Cit., 194).a pesar de calificar la sustitución procesal como una legitimación extraordinaria por el hecho de que el interés en defensa del cual se actúa sea “colectivo”, mantiene que “la entidad que es persona jurídica no actúa en nombre propio afirmando derechos ajenos, sino que actúa en nombre propio afirmando derechos propios”

Gutiérrez de Cabiedes (Ibid.,195) va más allá, pues no sólo no acepta la teoría de la sustitución procesal sino que sostiene que no existe una legitimación extraordinaria. Considera este autor que el carácter colectivo del interés que se defiende no hace extraordinaria la legitimación precisamente porque el interés deducido de quien actúa es propio.

Si concebimos que en ejercicio de un interés supraindividual se ejercita un derecho propio, entonces no habría ajenidad, lo que no quiere decir que se esté ejerciendo el derecho de otros, lo cual si tendría un efecto procesal al introducir el elemento de titularidad del derecho en el ejercicio de la acción.

En todo caso, se denomina legitimación extraordinaria para la doctrina a los supuestos de ejercicio de un derecho ajeno en nombre e interés propio. Lo cual no se puede aplicar en el caso de los intereses supraindividuales, puesto que el interesado no deduce un derecho o interés ajeno sino propio.

Distinta es la posición sostenida por Silgueiro (op. Cit. 124), quien citando a Santi Romano refiere que los poderes que los poderes pueden ejercitarse en interés propio o “no exclusivamente propio, es decir por un interés ajeno o por un interés objetivo. Para este autor ello permite explicar la función del poder de acción del miembro del grupo que comparece en el proceso sustituyendo al propio grupo. A este miembro lo denomina gestor ya que sin tener mandato para ello, cuida de intereses ajenos en pro de aquellos a quienes pertenecen, es así que confluyen dos poderes de acción, el del grupo que no puede ejercitarlo en el proceso por no tener capacidad para ser parte y, otro, el del miembro que alega en e proceso un interés colectivo o difuso, no exclusivamente propio.

De su posición se derivan algunos aspectos resaltantes, a saber:

1. El gestor actúa en sustitución del interés del grupo, alegando un interés colectivo difuso no exclusivamente propio.

2. Que confluyen dos poderes de acción, el del grupo (que no puede ejercitarlo en el proceso por no tener capacidad para ser parte y otro el del miembro.

3. Que el gestor puede tener un poder de acción individual y propio, y la acción colectiva.

4. El titular del Poder o gestor puede ser perfectamente extraño a las relaciones jurídicas de los demás miembros.

5. Que la acción colectiva actúa como un ejercicio conjunto o solidario de las acciones individuales de los miembros del grupo.

Opinamos que esta última descripción se acerca más a una acumulación de acciones individuales o a una especie de litisconsorcio que al ejercicio de una pretensión colectiva o supraindividual.

No podemos apoyar la posición de Silgueiro puesto que en el caso del ejercicio de una acción colectiva por una persona física o asociación a los efectos de hacer cesar una situación lesiva, no estarían ejerciendo por sustitución de todas las acciones individuales de todos los posibles afectados, o sustituyendo al grupo, sino actuando con legitimación ordinaria en defensa de un interés legítimo propio que lo es también de los restantes miembros del grupo afectado: la pretensión estaría referida a un interés legítimo supraindividual, subjetivable en esos sujetos particulares.

6. La legitimación para la defensa de los intereses Supraindividuales.

a. Alcance y significado.

La mayoría de los autores realizan diversas distinciones en cuanto a los tipos de legitimación. Así algunos hablan de legitimación colectiva lo cual resulta bastante impreciso al no determinarse si se refiere al aspecto objetivo o subjetivo de la legitimación, o si la situación objetiva defendida es el interés de un grupo determinado y cohesionado de personas (interés colectivo) o indeterminado (interés difuso), es entonces cuando resulta más apropiado hablar de legitimación para la protección de intereses supraindividuales

(colectivos y difusos). Otros autores establecen una distinción entre legitimación individual, pública y colectiva.

Bujosa por su parte hace alusión a un esquema de situaciones con relevancia colectiva, según el cual puede darse el ejercicio colectivo de intereses de grupo en sentido estricto, ejercicio colectivo de intereses individuales con relevancia colectiva.

Resulta en consecuencia necesario a los efectos de facilitar el entendimiento de estos conceptos dejar claro algunas distinciones entre:

a) El Alcance de la naturaleza de la situación jurídica protegida (y de la pretensión a ella referida), que puede ser individual o supraindividual.

b) el ámbito del legitimado, que puede ser individual o plural

c) La forma de concurrencia de éstos, que puede dar lugar a una legitimación exclusiva, compartida o inescindible.

d) El carácter individual o colectivo (o público), de quien insta la tutela de la situación jurídica (el portador del interés) en el proceso.

b. Supuestos de Legitimación colectiva respecto al portador del interés.

Gutiérrez nos indica algunos supuestos en los que el portador actúa en razón de un interés, entre los que distingue:

a) ***Pretensión individual con una única persona física*** legitimada para deducirla en juicio que se hace portadora individual de su interés. Se encuentra dentro de la estructura típica de un derecho subjetivo individual en la que los tres elementos (situación jurídica –objeto de la pretensión-, sujeto legitimado, carácter individual o colectivo de quien insta la tutela de la situación jurídica –portador-).

b) ***Pretensión individual con una única persona física legitimada para accionar***, pudiendo ser seguida en juicio por una organización o persona jurídica. En este supuesto no hace colectiva la legitimación (que en este caso ni siquiera existe en el portador) ni colectivo (es decir supraindividual) el interés cuya tutela se pretende y puede entenderse comprendido el caso dentro de la representación (ejem: Una asociación de consumidores que demanda en defensa de un comprador por no cumplir el vendedor la prestación acordada).

c) ***Pretensión individual en la que el único legitimado para ejercer la tutela del interés es una persona jurídica*** por referirse a una situación jurídica exclusiva del mismo. En este caso la legitimación se fundamenta en la titularidad de un derecho subjetivo que le corresponde como persona jurídica. La actuación que esta vez si se encuentra legitimada del ente o sujeto colectivo no hace colectiva la situación jurídica deducida ni a la legitimación.

d) ***Situación jurídica respecto de la que distintas personas estén situadas en la posición que les legitima para deducirla en juicio*** por lo que existe un ámbito supraindividual de legitimados.

e) **Litisconsorcio**: En el caso de que todos los legitimados deban estar necesariamente en el proceso se trata de un litisconsorcio necesario, pero si

no es así se abren distintas posibilidades: que el objeto del proceso sea individual y quien actúa también lo sea, nos encontramos ante una legitimación por categoría.

c. Objeto del proceso supraindividual, ámbito de legitimados plural y portador individual

Es importante distinguir dentro de lo que genéricamente hemos llamado objeto –pretensión- supraindividual, los casos que versan sobre Intereses supraindividuales en sentido propio –colectivos o difusos- (lo cual si constituye ya un auténtico supuesto de *legitimación colectiva)* de aquellos en que lo que existe es una pluralidad de derechos individuales homogéneos, conexos (de titularidad y legitimación individual, privativa), que no son en realidad supuestos de *legitimación colectiva*, sino, en todo caso de *acumulación de acciones* y eventualmente de representación conjunta: El primero sería el caso de un particular, miembro de un determinado grupo social, que insta la retirada o la no difusión de unas determinadas manifestaciones injuriosas dirigidas a ese grupo; el segundo, el de las *class actions* norteamericanas.

d. Ámbito de interesados plural, pretensión supraindividual y un "portador colectivo".

Es la combinación más comentada de “legitimación colectiva”. Cita Gutiérrez como ejemplo, el caso de una asociación que reclama el cese de una publicidad engañosa, o la retirada del mercado de un producto por defectuoso. Y como en el caso de una actuación procesal de una persona física si los intereses no son propiamente colectivos o difusos, sino de disposición individual, aunque homogéneos, únicamente podrá darse una acumulación de los mismos , pudiendo ser representados , por una misma organización si se quiere o varias de ellas.

Es así que se evidencia con respecto al ***sujeto legitimado***, que son supuestos de la legitimación colectiva tanto los reconocidos a personas físicas como a organizaciones sociales y a grupos para la defensa de intereses legítimos supraindividuales.

Que ésta tiene por objeto la defensa de tales intereses supraindividuales y no de derechos estrictamente individuales (aunque sean de los miembros de dichas organizaciones y/o aunque surjan con respecto a una pluralidad de sujetos) ni de los derechos propios y particulares de estas entidades, de las que éstas son titulares en cuanto tales personas jurídicas que operan en el tráfico jurídico.

7. La Acción Popular.

La Acción Popular implica el acceso a los tribunales de cualquier ciudadano para exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales con la finalidad de que se cumpla la legalidad, sin necesidad de ocupar una posición subjetiva

de ventaja lesionada o amenazada. Se trata de una tutela objetiva del ordenamiento, pretendiéndose que la realidad se ajuste a las prescripciones normativas. Ya no hay una relación inmediata entre el objeto de la pretensión y quien la ejercita sino un mero interés en la defensa de la legalidad vigente (Bujosa, op. Cit. 286)

Cordón (1979, pp.150-151) afirma que "el hecho de que la posibilidad de recurrir esté atribuida por la Ley a cualquiera, no quiere decir que no exista una relación jurídico –sustancial tutelable. También aquí la legitimación hace referencia a una situación jurídico-material tutelable, si bien su titularidad no sea exclusiva de un interesado concreto –o de un grupo de interesados-, sino que aparezca diluida entre la generalidad". "El conferir la acción popular supone el reconocimiento de unos derechos que tienen por sujeto, no al pueblo como ente, sino a todos y cada uno de sus miembros; cada ciudadano es titular de un verdadero derecho, aunque éste corresponda también a los demás.

ES así que la Sala del Tribunal Constitucional español lo afirmó en sentencia 62/1983, de 11 de Julio:

> "…puede afirmarse que cuando un miembro de la Sociedad defiende un interés común , sostiene simultáneamente un interés personal, o si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de entender el interés personal es sostener el interés común, (…) estamos en un supuesto en que la defensa del bien común es la forma de defender el interés personal o, como antes decíamos en que la defensa de este interés se hace sosteniendo el interés común, aun cuando en el caso de que se trata el interés personal no sea directo" .

Para Quiroga (1998, 96) la Acción Popular significa que el ciudadano reclamante se hace parte en el juicio, debiendo impulsar el proceso en la medida en que la ley no disponga la oficiosidad de los trámites. No es una simple denuncia ante las autoridades administrativas o ante los jueces, pues la denuncia no impulsa el trámite, sólo advierte, dejando la discrecionalidad de la autoridad jurisdiccional decidir en consecuencia.

La legislación española local prevé el otorgamiento a cualquier vecino de la defensa de los derechos de las corporaciones municipales locales, cuando éstas omitieren ejercer las acciones precedentes, previa intimación a las autoridades de la municipalidad a que lo hagan en el plazo de dos meses; caso contrario el vecino ejerce esa defensa a nombre de la entidad local, con autorización del gobernador civil y previa vista del abogado del estado.

Quiroga nos indica que la Acción Popular se convierte en un control de las autoridades administrativas que infrinjan la ley, en perjuicio del interés público de la municipalidad o vecindario cuando fuera afectado o estuviera en peligro por actos de terceros (op. Cit.98).

Un procedimiento establecido en el artículo 371 de la ley local española – impulsa a que todos los vecinos sean abogados de sus municipios, frente a terceros, para suplir la inacción de las autoridades locales. Este procedimiento resulta un buen ejemplo para activar a la sociedad y hacerla partícipe de la gestión de la cosa pública. Los supuestos de participación de los vecinos en la actividad municipal española comprenden –mediante acciones populares – la posibilidad de intervenir en la organización, ampliación, o restricción territorial del municipio , así como en su subdivisión, y en el control sobre el establecimiento de los impuestos o tasas municipales, monto, proporcionalidad, tasaciones, inclusiones y exclusiones,

incremento de valor, tasaciones y avalúo (Álvarez citado por Quiroga, 1998, 98).

Algunos autores, se preguntan hasta qué punto es conveniente que se generalice el reconocimiento de este tipo de acciones publicas. Si bien no podemos como lo han sostenido algunos, entender la sociedad como una entidad puramente pasiva y no activa negándole el derecho a cualquier ciudadano de reaccionar en defensa del patrimonio colectivo como lo puede ser por ejemplo el ambiente, la salud y los daños que éste sufre como consecuencia de la negligencia o descuido de la misma administración.

Quiroga nos explica esta posición:

> Sin embargo, no cabe duda que dejar librada a la voluntad espontánea y –tradicionalmente pasiva- de una sociedad cuyos miembros están acostumbrados a ser indiferentes, o no siéndolo se hayan sin recursos económicos o técnicos suficientes para poder llevar a la justicia complejas cuestiones en las que se encuentran implicadas intereses poderosos –desde la burocracia estatal a las multinacionales- implica condenar a la sociedad a la inanición y dejarla sin defensa. Frente a esa realidad no queda otra alternativa que legitimar la intervención en juicio de asociaciones representativas de los intereses en juego para que -cuidando de no invadir la autonomía de ningún sector de la sociedad – se organice un sistema efectivo de protección de los intereses comunes (Op.cit. 99).

Es necesario para delimitar el concepto y legitimación de las características de la legitimación para la defensa de los intereses colectivos y difusos pasar a estudiar la legitimación Popular, la cual no debe confundirse aquella.

8. Distinción entre Legitimación Popular y Legitimación para la defensa de los intereses colectivos y difusos.

Gutiérrez de Cabiedes (op. Cit. 200) nos presenta una distinción entre las dos legitimaciones determinando los siguientes aspectos resaltantes de cada una para mejor comprensión del fenómeno:

a) Por la naturaleza de la situación legitimante

La Legitimación para la defensa de los intereses colectivos y difusos se funda en la titularidad de de un especifico interés legítimo cuya invocación por el demandante es precisa para su reconocimiento, la acción popular se sustenta en el mero interés de la legalidad: cualquier persona, por el mero hecho de invocar su condición ciudadana está legitimada para impugnar un acto determinado.

La acción popular se dirige a satisfacer , primordialmente, el interés general de la comunidad; la legitimación, para la defensa de los intereses supraindividuales se dirige a satisfacer círculos de interés más reducido, intereses de determinados grupos o colectividades (médicos, trabajadores de una empresa, usuarios de un servicio prestado por determinada empresa, etc), que sólo en supuestos excepcionales llega a coincidir con la totalidad de la comunidad, convirtiéndose con ello en interés general

b) Como consecuencia de ello, la acción popular se concede a todos los sujetos de derecho capaces de la comunidad social, “quivis ex populo” y no sólo a los de una determinada colectividad o grupo de personas (que raramente llega a coincidir con los de la entera comunidad social.

c) Así mismo es requisito indispensable para la existencia de la acción popular su expreso conocimiento legal, algo que no precisa la acción fundada en y para la defensa de un interés legítimo supraindividual

d) En el primer caso se insta la tutela jurisdiccional de aquella situación jurídica personal (derecho subjetivo o interés legítimo, aunque sea compartida) en el segundo, se pretende la aplicación o restablecimiento del ordenamiento jurídico, la actuación del derecho objetivo al cumplimiento de la legalidad, que es el objeto del interés del actor.

La acción popular no es un supuesto de lo que se conoce como legitimación colectiva. Las diferencias con el interés supraindividual son evidentes cuando analizamos los siguientes aspectos:

1.- En la acción popular el actor puede reclamar su pretensión sin necesidad de invocar la lesión a su derecho o interés legítimo. Es decir no requiere tener cualidad subjetiva especial. Cualquier persona por el sólo hecho de ser un ciudadano está legitimado para impugnar un acto determinado. La situación jurídica legitimante es el mero interés en la legalidad. La legitimación para la defensa de los intereses supraindividuales requiere la alegación de un interés legítimo para su reconocimiento en el proceso.

2.- El interés supraindividual y la legitimación para su defensa existe en los casos en los que se han lesionado situaciones jurídicas cubiertas por una norma genérica o específica. En cambio, la acción popular requiere de un reconocimiento explícito, estando limitada a los supuestos en que la ley lo permite, ya que el interés en la legalidad sólo habilita para el ejercicio de la acción.

3.- La acción popular se reconoce a cualquiera del pueblo a todos los sujetos capaces de comunidad social. La legitimación en defensa de intereses supraindividuales únicamente a los de una determinada colectividad o grupo de personas pertenecientes al correspondiente círculo de interés, que puede ser reducido o más amplio, pero llegando sólo en casos extremos a coincidir con toda la comunidad social.

4.- Por lo que respecta al objeto, la acción popular está encaminada a garantizar el cumplimiento y aplicación del ordenamiento jurídico, la observancia de la legalidad, en supuestos en que están en juego intereses generales. En el caso de los intereses supraindividuales, se pretende la cesación y/o la reparación de daños ya producidos o la prevención de los aún no sufridos, es decir, la tutela jurisdiccional de derechos subjetivos o intereses legítimos aunque sean compartidos.

Aunque el criterio tradicional respecto a la acción popular se basa en el contenido de la pretensión que a través de ella se ejerce no debe concluirse que sólo se pueda ejercer una pretensión de anulación sin la posibilidad de una pretensión de condena, prestacional, la cual si pudiera ejercerse en caso de inactividad o actuación ilegítima de la Administración.

La nueva Constitución Brasileña de 1998, en el artículo LXXIII, prevé la Acción Popular con la finalidad de anular los actos lesivos al patrimonio de las entidades públicas, de la moralidad administrativa, del medio ambiente y del patrimonio histórico y cultural (Bujosa, op. cit.287).

En cambio, en Venezuela, el antecedente más lejano de esta acción de grupos lo constituye la acción popular por inconstitucionalidad, en la que su ejercicio conllevaba un efecto general vinculante para un universo de ciudadanos cuando éstos demandaban la nulidad de una normativa de

carácter nacional, estadal o municipal por contravenir normas constitucionales. A partir del año 2000, a la Sala Constitucional se le confieren poderes anulatorios de las leyes y demás actos normativos de similar rango contrarios a la Constitución, los cuales se ejercen cuando conocen del asunto mediante el ejercicio de acciones populares de inconstitucionalidad.

Tal como nos refiere Badell además de la atribución conferida al Defensor del Pueblo, y como nota característica del artículo 26 de la vigente Constitución, se ha reconocido expresamente la posibilidad de que la acción sea intentada por un particular en representación del colectivo afectado o de la comunidad en general. Esta posibilidad se ha fundamentado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en que el vigente texto constitucional plantea un estado social de derecho y de justicia cuya meta primordial es la protección de la sociedad que lo conforma, con quien interactúa para la búsqueda de tal fin. Por ello, dado que el Estado social dota "*a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean*" se han abierto las puertas de la legitimación procesal a todos los particulares afectados, capaces de poder invocar la representación por intereses colectivos y difusos (Badell, 2004, op.cit. 19).

Sin embargo, tal y como sostiene MARÍA A. GRAU (2001, 205) "no por ello puede afirmarse que se esté ante una acción popular [...] ya que en el artículo 26 se ha otorgado a los ciudadanos un derecho procesal de accionar, lo que le impone, en consecuencia, esgrimir el derecho subjetivo común, **con invocación de la porción subjetiva del interés colectivo o difuso en beneficio del cual se *acciona***" (negrillas nuestras). Así, tendrá el particular que invocar el interés por medio del cual actúa y probarlo, desestimando así

que en los procesos contenciosos de nulidad se haya suprimido el requisito de acreditar el interés con el cual se actúa. Este criterio fue sostenido por la Sala Político del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 8 de mayo de 2001, (caso *Pedro Germán Rondón vs. Ministerio de Justicia*), revocando el criterio del caso Fivenez, al señalar que:

> […] para solicitar la nulidad de un acto de efectos particulares se requiere un interés legítimo, personal y directo, de conformidad con el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia [y] no encuentra la Sala que tales requisitos legales se hubieren cumplido en el presente caso, por lo cual resulta forzoso declarar inadmisible la acción de nulidad contenida en la presente causa. Así se decide.

Tomando en cuenta la distinción entre los intereses colectivos y los difusos, la legitimación para actuar también será diferente. En este sentido, Maria Amparo Grau (op. Cit., 205) apunta lo siguiente:

> a) *Cuando se trata de intereses colectivos*: el accionante debe fundamentar su acción en su condición previa de miembro o de actor vinculado al grupo o sector lesionado que dice representar. Por esa razón, sería evidente que sufre la lesión conjuntamente con los demás con quienes comparte el derecho o interés alegado.
>
> b) *Cuando se trata de intereses difusos*: no se requiere que el accionante tenga un vínculo previo con el ofensor, pero debe invocar su derecho o interés compartido con la ciudadanía. El accionante, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe temer la lesión, haberla sufrido o estarla sufriendo. Ello limita la interposición de la *actio popularis*.

Sin embrago, de acuerdo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, aun cuando los particulares no invoquen la representación de intereses colectivos o difusos, si el Juez constata tal circunstancia, deberá notificar a la Defensoría del Pueblo o al ente administrativo que tenga atribuida la

competencia en particular (ejm:. en casos de urbanismo, protección al consumidor, etc.).

De igual forma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por medio de la sentencia de fecha 30 de junio de 2000 (caso *Dilia Parra*), estableció en relación a los *legitimados* para intentar las acciones dirigidas a salvaguardar los intereses difusos o colectivos, que en principio, *todos los miembros de la sociedad están habilitados para solicitar la declaración jurisdiccional en beneficio de la comunidad*. No obstante, la legitimación en estos casos no puede ser confundida con la exigida para la acción popular donde cualquier ciudadano está legitimado para incoarla (cursivas nuestras).

9. La Legitimación calificada del Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo.

a. El Ministerio Público

La Jurisprudencia antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 había negado la legitimación del Ministerio público en las Acciones de amparo constitucional destinadas a defender derechos colectivos e intereses difusos, utilizando el argumento del carácter personalísimo de este proceso.

La decisión dictada por la Corte primera en lo Contencioso Administrativo en fecha 14 de agosto de 1997 (Expte. 92-13614) le negó legitimación al Ministerio Público para intentar recursos de amparo a favor de los intereses colectivos cuando estos se vieren vulnerados por la acción u omisión de algún órgano del poder Público, en razón del carácter excepcional del

amparo el cual no puede ejercerse en ausencia de otro medio procesal idóneo para impedir la lesión constitucional, por lo que no podía pretenderse que la violación a un interés general se resolviera mediante un procedimiento excepcional dirigido excepcionalmente a amparar derechos personales fundamentales (Chavero, op. cit.,120).

Con la Constitución de 1999, se establecieron competencias específicas en esta materia a la Defensoría del Pueblo por lo cual se diluyeron las del Ministerio Público:

> **Artículo 285**: Son atribuciones del ministerio Público:
>
> 1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República […]
>
> **6.** Las demás que establezcan la Constitución y la Ley.
>
> Estas atribuciones no menoscaban ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los o las particulares o a otros funcionarios o funcionarias de acuerdo con esta Constitución y la Ley.

La Constitución venezolana no hace un llamado expreso al Ministerio Público de intentar las acciones de amparo sobre intereses colectivos y difusos. Sin embargo, tampoco se establece impedimento para ello y de intentarlas la ley establece que ello no menoscabaría el derecho de la Defensoría del Pueblo de conformidad con lo establecido en el último aparte del artículo 285.

Creemos que por la naturaleza de las funciones que ejerce el Ministerio Publico, garantizando intereses de carácter general debe reconocérsele su legitimación para intentar las acciones que sean necesarias para garantizar derechos fundamentales, tales como los que ejerce por mandato expreso de

la Ley de acuerdo al artículo 170 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente. En este caso, el Ministerio Público ejerce una función de vigilancia sobre los entes que detentan la función de proteger y garantizar intereses colectivos y difusos de niños, niñas y adolescentes , pudiendo intentar las acciones penales y Disciplinarias en contra de los responsables de su amenaza o violación, papel éste fundamental que complementa el trabajo de la Defensoría del pueblo . Es por ello que el legislador ha querido establecer una vía expedita para la garantía de estos derechos.

Dentro del Sistema de protección del Niño, niña y Adolescente, el Ministerio Público tiene un importante rol asignado, pues la Ley le encomienda conocer de situaciones que violenten o amenacen tanto derechos individuales (consejos de Protección del niño y adolescente, Defensorías del niño), como colectivos y difusos (Consejos de Derechos los cuales pueden solicitar la acción de Protección al Ministerio Público) ejerciendo esta función tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional. En todo caso el Ministerio Público interviene recibiendo las denuncias en materia de amenaza o violación de los derechos de la infancia.

Respecto de los intereses supraindividuales, el artículo 278 de la LOPNA, prevé que se encuentra el Ministerio Público junto con los Consejos de Derecho y las organizaciones legalmente constituidas relacionadas con la tutela de garantías y de derechos de niños y adolescentes, legitimado, para hacer valer la acción de protección. Esta legitimación, en concordancia con la naturaleza del órgano fiscal, implica que de oficio o a petición de parte, el ente legitimado se encuentra facultado para verificar, investigar y calificar previamente una situación determinada a los efectos de considerarla dentro

de la categoría de los intereses colectivos o difusos, y, en consecuencia proceder a la petición judicial respectiva (Longo, 2001,193).

En España, la propia Constitución legitima tanto al Ministerio público como a la Defensoría del pueblo para el ejercicio de la acción de amparo:

> "A tenor del artículo 162, b, C.E., están legitimadas para intentar el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, en materia de intereses supraindividuales, como de los consumidores y usuarios, derecho ambiental en el ámbito civil, no se encuentra legitimado.

En materia penal para la persecución de delitos o faltas (que pueden haber afectado intereses supraindividuales) si puede ejercer acciones conjuntamente con las civiles a favor del perjudicado por el delito, salvo renuncia expresa de este.

Desde un punto de vista técnico la actuación procesal viene dada por su función de defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, así como del interés social.

La figura del Ministerio Público ha recibido por parte de las doctrinas importantes críticas en cuanto a su funcionalidad para la defensa de los intereses colectivos y difusos, considerándolo inadecuado de acuerdo a los siguientes criterios:

a) La propuesta de revalorización del Ministerio público en el proceso civil, se basa sobre todo en un modelo jurídico y social superado, reflejo de la

doctrina social liberal según la cual los particulares pueden actuar en el proceso sólo en defensa de posiciones meramente individuales

b) La no identificación de los intereses colectivos y difusos con los generales, que pueden ser propios de grupos más reducidos, lo que puede no hacer aconsejable la actuación del Ministerio Público.

c) La vinculación del ministerio Público al área penal, así como la sustanciación de procesos de esa índole, clocándolo en una posición menos adecuada para defender intereses vinculados a fenómenos sociales complejos de carácter económico y social, urbanístico, ecológico se encuentra más alejado de sus actividades habituales.

d) Ciertos condicionamientos que le ligan al poder ejecutivo y debido a su estructura jerarquizada y unitaria le resta dinamismo y eficacia.(Gutiérrez, op. Cit. 225).

Sin embargo, el Ministerio Público realiza una tarea de utilidad en la defensa de los intereses supraindividuales por lo menos de manera subsidiaria, especialmente en caso de inacción o negligencia de los miembros de la colectividad interesada, es por ello que no resulte conveniente atribuirle una legitimación exclusiva, motivo por el cual en el derecho comparado ha ido surgiendo la necesidad de soluciones más adecuadas al problema.

Algunos doctrinarios, entre ellos principalmente Capelletti, se ha recurrido al Ministerio Público para la protección de estos derechos, viéndolos con un carácter público, de donde la esfera de legitimación activa del tradicional representante del interés público: el Ministerio Público y sus equivalentes, se extenderá a ellos, solución que en su opinión ha revelado deficiencias conceptuales y estructurales. Conceptualmente los intereses colectivos y

difusos no pertenecen exactamente al derecho público, pues ellos poseen características *sui generis.* Se encuentran en realidad, en la mitad del camino entre los derechos privados y los públicos. Son públicos en el sentido de que se refieren a categorías o grupos de personas, pero que por lo demás son y permanecen como ciudadanos privados. Estructuralmente, el Ministerio Público continúa siendo un órgano carente de especialización en los campos específicos a los cuales se refieren los nuevos derechos: áreas que incluyen la ecología, la industria, la producción y el intercambio, y más en especial, los derechos sociales típicos de las modernas sociedades de bienestar. Además en muchos países el Ministerio Público carece de la independencia orgánica suficiente para hacer de él un representante válido de los intereses que a menudo deben hacer valer contra las autoridades políticas y administrativas y de todos modos contra sujetos que pueden tener un a fuerte influencia sobre dichas autoridades .

b. La Defensoría del Pueblo

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se incluyen expresamente dentro de las competencias del Defensor del pueblo (artículo 283) la defensa de los derechos colectivos y los intereses difusos, con lo que deberían quedar resueltas las dudas e interpretaciones restrictivas en lo que a competencias del poder ciudadano se refiere.

Queda a salvo, la legitimación activa en materia de intereses difusos, de otros entes, órganos o personas cuando las leyes les asignen expresamente competencia para representar este tipo de derechos.

La Defensoría del Pueblo constituye dentro del ámbito de su competencia una figura de protección constitucional a decir de Korody (2004, 72) pues aunque el control de la supremacía constitucional la detenta el Juez a través del control difuso y concentrado, esta institución se presenta como figura de control de otros órganos del Poder Público ante actuaciones contrarias a derechos o intereses de los ciudadanos. La Defensoría del pueblo adquiere un interés legítimo para obrar procesalmente en defensa de un derecho que le asigna la propia Constitución y que consiste en proteger a la sociedad o a grupos dentro de ella, en los supuestos del artículo 281 ejusdem. Es decir, la defensoría puede accionar cuando el comportamiento de instituciones públicas afecta su atribución defensorial en la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos, tal como lo establece la misma la Constitución:

> "**Artículo 281.** Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:
>
> 1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.
> 2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos".

Estas disposiciones legitiman a la Defensoría para interponer acciones que tengan como objeto hacer valer los derechos e intereses difusos y colectivos, sin necesidad de contar con el acuerdo previo del colectivo que representa. La disposición general relativa a la vigilancia general de los intereses difusos y colectivos, se extiende no sólo a la protección de los derechos humanos de aplicación general, sino a la protección de derechos o intereses "cuando ellos corresponden en general a los consumidores o usuarios (numeral 6 del artículo 281) o para proteger los derechos de los pueblos indígenas (numeral 8 del mismo artículo)". La legitimidad de la Defensoría se extiende asimismo a la acción de amparo en nombre de la sociedad para ejercer el control del Poder electoral. En tal sentido establece la sentencia del TSJ de fecha 30 de enero de 2000:

> Para la protección de los intereses difusos quedan legitimados tanto la Defensoría del Pueblo dentro de sus atribuciones como toda persona domiciliada en el país , salvo las excepciones legales ; mientras que los intereses colectivos le compete a la Defensoría del pueblo, así como "..Cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúa en defensa del colectivo…"Así mismo, en caso de que algún particular o colectivo introduzca acción de amparo constitucional en protección de los derechos colectivos y difusos, corresponde a los órganos judiciales "notificar a la Defensoría del Pueblo, como legítimo representante de la ciudadanía…"
>
> De esta forma y de pleno **derecho, la Defensoría queda legitimada para interponer acciones cuyo objeto es hacer valer los derechos o intereses difusos y colectivos, sin que pueda plantearse cuestión alguna sobre si para accionar se requiere de la aquiescencia de la sociedad que representa para que ejerza la acción. Por mandato del Derecho Objetivo, la Defensoría del Pueblo, adquiere – además- interés legítimo para obrar procesalmente en defensa de un derecho que le asigna la propia Constitución**, y que consiste en proteger a la sociedad o a

> grupos dentro de ella, en los supuestos del artículo 281 *eiusdem* (negrillas nuestras).
>
> Por su parte, el artículo 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al señalar las atribuciones de la Defensoría del Pueblo, en sus numerales 1 y 2, le asigna el velar por el debido respeto y garantía de los derechos humanos (numeral 1), mientras que en el numeral 2 le atribuye el amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las desviaciones, arbitrariedades y errores cometidos en el correcto funcionamiento de los servicios públicos.
>
> Estas dos atribuciones, conforme al numeral 3 del aludido artículo 281, se pueden ejercer interponiendo acciones de amparo, lo que a juicio de esta Sala deja claro que la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos, puede ventilarla la Defensoría del Pueblo, mediante la acción de amparo, y así se declara.
>
> Debido a la disposición general del artículo 280 *eiusdem*, relativa a la defensa y vigilancia general de los intereses difusos y colectivos, considera esta Sala, que la Defensoría del Pueblo puede igualmente obrar en protección de esos derechos e intereses, cuando ellos corresponden en general a los consumidores y usuarios (numeral 6 del artículo 281), o para proteger los derechos de los pueblos indígenas (numeral 8 del mismo artículo), ya que entre las atribuciones que el artículo 281 de la vigente Constitución otorga a dicho ente, se encuentra la defensa y protección de las categorías señaladas. Se trata de una protección general y no a individualidades.

En la sentencia de 30 de enero de 2000 a la que aludimos, el TSJ al referirse a los intereses colectivos y difusos en principio pareciera atribuir la legitimación a todo ciudadano en su condición de miembro o vinculado a un grupo lesionado, al final se termina señalando que dentro de la estructura del Estado, sólo la Defensoría del pueblo es la legitimada para intentar

acciones en defensa de los derechos e intereses difusos, excluyendo la legitimación entre otros de Alcaldes, Síndicos Municipales y Gobernadores, tal como lo indicó la Sala :

> **Conforme a lo explicado, las acciones en general por derechos e intereses difusos o colectivos pueden ser intentadas por cualquier persona, natural o jurídica, venezolana o extranjera domiciliada en el país, que mediante el ejercicio de esta acción, accede a la justicia**. El Estado venezolano, como tal, carece de ella, ya que tiene mecanismos y otras vías para lograr el cese de las lesiones a esos derechos e intereses, sobre todo por la vía administrativa, pero la población en general está legitimada para incoarlas, en la forma que explica este fallo, y ellas pueden ser interpuestas por la Defensora del Pueblo, ya que según el artículo 280 de la Carta Fundamental, la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos. A juicio de esta Sala, la norma señalada no es excluyente y no prohíbe a los ciudadanos el acceso a la justicia en defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos, ya que el artículo 26 de la vigente Constitución consagra el acceso a la justicia a toda persona, por lo que **también los particulares pueden accionar, a menos que la ley les niegue la acción. Dentro de la estructura del Estado, y al no tener atribuidas tales funciones, sólo la Defensoría del Pueblo (en cualquiera de sus ámbitos: nacional, estadal, municipal o especial) puede proteger a las personas en materia de intereses colectivos o difusos, no teniendo tal atribución (ni la acción), ni el Ministerio Público (excepto que la ley se la atribuya), ni los Alcaldes, ni los Síndicos Municipales, a menos que la ley se las otorgue** (negrillas nuestras).

Esta posición restrictiva con respecto a la legitimación de los representantes de las entidades federales fue confirmada con la decisión de fecha 21-11-2000, caso William Dávila, que citaremos más adelante.

Para Capelletti (op. Cit., 4), la Defensoría del Pueblo (Ombusdman en Suecia) resulta una segunda solución consistente en crear nuevos organismos públicos pero especializados para representar algunos de estos derechos e intereses. En la opinión de este autor, el Defensor del Pueblo, presenta la ventaja de la especialización y generalmente aquella de poseer un nivel más elevado de independencia frente las ramas políticas del estado. Sin embargo, alega que esta institución también ha manifestado sus puntos de debilidad: se presentan como agencias públicas a menudo burocráticas, lentas, costosas y a veces demostrando la tendencia a dejarse capturar psicológicamente por los portadores de intereses que ellos mismos tendrían el deber de controlar. Por otra parte desde el punto de vista conceptual, al considerar que los intereses difusos son colectivos pero esencialmente privados, la solución aún siendo mejor que la del ministerio Público, se revela insuficiente para reflejar plenamente las exigencias para las cuales ha sido proyectada.

10. Otros entes legitimados.

La Sentencia de fecha 30 de junio de 2006 se refiere a los entes legitimados para ejercer las acciones en defensa de los intereses colectivos y difusos:

> Si se atiende a la letra del artículo 46 del Código Orgánico Procesal Penal, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, la acción civil la ejercerá el Ministerio Público, y no cualquiera de los lesionados por la conducta delictual, lo que podría hacer pensar que la acción específica es exclusiva del Ministerio Público, o de la Defensoría del Pueblo, que también, en beneficio de la sociedad, puede ejercer la acción en los supuestos del artículo 281 de la vigente Constitución; y que de no tratarse de estos entes u otros señalados en la ley, como los Consejos

> Estadales o Municipales de Derecho, y el propio Ministerio Público en los casos previstos en los artículos 143, literal g); 147, literal f); y, 170 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; sus titulares deberían ser las organizaciones sociales, cuyo objeto por mandato legal sea el ejercicio de estas acciones, ya que se han creado a esos fines (unas podrían ser las Asociaciones de Vecinos, previstas para ello, por ejemplo, en el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, o en el artículo 170 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, o las Asociaciones de Consumidores y Usuarios prevenidas en el artículo 10 de la Ley de Protección a Consumidor y al Usuario) (Sentencia Dillia Parra Guillén).

11. El Papel de las Organizaciones no Gubernamentales en la Defensa de los derechos e intereses colectivos y Difusos.

Las organizaciones no gubernamentales han surgido en la época moderna como producto de la globalización. Los diversos fenómenos sociales que han impactado las sociedades actuales como producto de la apertura de las fronteras han traído como consecuencia la participación ciudadana en ideales comunes y nuevas formas de cooperación, conjuntamente con exigencias dirigidas al logro de mejores condiciones de vida y sistemas de justicia social.

Es así que como forma de defender estos ideales nacen organizaciones dirigidas a tratar el problema de las comunidades y la búsqueda de solución a través de un protagonismo propio y colectivo, fundamentado en la participación ciudadana y no en un poder central que dimana de organismos gubernamentales.

A medida que estas organizaciones han ido dando respuesta a los problemas locales se han afianzado, trayendo así mismo la diversificación de temas y campos de acción que las han hecho más efectivas, otorgando a los ciudadanos confianza y respaldo en las soluciones propias nacidas de la creatividad y del conocimiento de las problemáticas existentes en la localidad.

Actualmente existen infinidad de ONG's que se dedican a diversas problemáticas, careciendo algunas de ellas de personalidad jurídica motivo por el cual se hace necesario realizar interpretación amplia del derecho especiales en relación a las situaciones suscitadas para otorgarles de acuerdo a la Constitución un verdadero derecho de acceso a la Justicia. A tal efecto establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

> **Artículo 184.** La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:
>
> […]
>
> 2. La participación de las comunidades y de ciudadanos o ciudadanas, a través de las asociaciones vecinales y *organizaciones no gubernamentales,* en la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades estadales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción.

La eficacia constitucional de esta disposición se encuentra como lo habíamos anotado en el derecho de acceso a la justicia de las ONG's, especialmente al otorgárseles reconocimiento constitucional, debido a que su existencia y funcionamiento envuelve el ejercicio de un derecho fundamental como lo es el derecho a la participación para la defensa de sus derechos colectivos.

El Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional ha realizado algunas apreciaciones en relación al papel de las ONG's. Así tenemos que la Sentencia de fecha 23-08-2000 correspondiente a la red de Veedores de la UCAB en la cual la sala negó la admisibilidad del amparo con el objeto de velar por los intereses colectivos de la ciudadanía:

> […] de la pretensión de los actores ni siquiera puede colegirse que de esos derechos o intereses se trata, pues del escrito presentado no se deduce que lo que solicitan se debe a que la calidad de la vida de toda la comunidad o sociedad se está viendo desmejorada, sin que pueda reconocerse en el escrito de amparo un vínculo, así no sea jurídico, entre los accionantes y la sociedad o un segmento de ella, afectado por la omisión que se atribuye al Consejo Nacional Electoral. *No expresa el escrito cuál es el interés de la sociedad que pudiera tener en el petitorio de los actores, luciendo más un interés personal de los accionantes, que un interés social*. La lesión a los derechos políticos en general, puede desmejorar la calidad de la vida, al dejar desprotegida a la sociedad; pero conforme a lo planteado en el escrito, ese no es el caso de autos, y más bien se está ante un interés puntual de personas y que *sin tener representación social o colectiva* se autoconstituyen en veedores, sin traer al expediente prueba alguna de su acreditación como tales. En consecuencia, no se está tampoco ante una acción basada en intereses difusos o colectivos.

Aquí podemos observar que la Sala no reconoce la existencia de un vínculo entre la organización y los electores, motivo por el cual considera que no actúa en representación de éstos. Sin embargo, en una sentencia posterior (Caso COFAVIC), si lo hizo y no requirió establecer una vinculación directa

sino que reconoció la representación de los que actuaban en nombre de los electores entendiendo por esto que estaban legitimados de manera activa.

El cuestionamiento que nos hacemos aquí es si será necesario tener una representación social o colectiva formal o más bien lo que hay que verificar es que en la pretensión de tutela se encuentra demostrado el interés de la colectividad y que se actúa en nombre de ese interés aunque éste no haya sido concedido directa o expresamente cuando se vea lesionado un derecho, lo que nos permitiría entonces acceder de manera efectiva a la tutela de intereses colectivos y difusos. Sin embargo, indica la sentencia:

> *Es deber de esta Sala declarar que carecen de legitimación procesal todas aquellas personas, grupos o entes que fuera del campo de los intereses difusos o colectivos, pretenden representar a la ciudadanía, al pueblo, a la sociedad civil y a otras instituciones semejantes,* que no han sido electos por nadie para cumplir tal representación, que se desconoce cuáles son sus intereses, ya que no existe estatuto o ley que las rija y que no se sabe a cuál comunidad o sociedad representan, si es a la venezolana o a una extranjera cuyas directrices siguen.
>
> Tales grupos con proyección en los medios de comunicación, buscan presentarse como interlocutores a nombre del pueblo o la sociedad, sin que exista base legal o popular que los legitime, y por ello no pueden ser aceptados con las representaciones que unilateralmente (sin base legal) se atribuyen.

Así mismo, la Sala se contradice con lo sostenido en la Sentencia "Gobernadores vs Ministerio de Finanzas" al considerar a los representantes elegidos popularmente legitimados para la defensa de los intereses colectivos y difusos de la ciudadanía:

> La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tomó en cuenta la ciudadanía, otorgándole una serie de derechos cívicos que ya esta Sala ha resaltado en fallos de fecha 30 de mayo de

> 2000 y 27 de julio de 2000 (casos *Defensoría del Pueblo* y *Segucorp*), abriéndole las puertas para que colaboren en áreas de la conducción del Estado, y así, por ejemplo, a los diferentes sectores de la sociedad se les invita a integrar el comité de postulaciones judiciales (artículo 270 de la vigente Constitución); a la sociedad civil a postular miembros para el Consejo Nacional Electoral (artículo 296 *eiusdem*); a las asociaciones con fines políticos la posibilidad de postular candidatos en los procesos electorales (artículo 67 *eiusdem*); de esta manera se permite a asociaciones, organizaciones y grupos representar a la sociedad en los espacios que a ese fin abra la Constitución. Pero tales atribuciones sólo pueden hacerse conforme a la ley, ya que resultaría un peligro y un absurdo para la defensa y la seguridad nacional y para la estabilidad democrática o social, que grupos humanos con intereses antinacionales se dediquen a intervenir en las áreas abiertas a la sociedad civil con el fin de sabotear u obstruir la defensa del país, su seguridad interna o los planes económicos del Estado o la economía en general.

Creemos que con esta afirmación de la sala se le está negando una importante participación a la ciudadanía pudiendo entenderse que la misma está sometida a transitar exclusivamente organismos del estado que canalicen esta participación o se encuentren legitimados para actuar negando así las iniciativas autónomas y democráticas de las comunidades.

Consideramos así mismo, que el estado no puede establecer de una manera taxativa cuales son las organizaciones en las que puede participar el ciudadano para la defensa de sus derechos e intereses a los efectos de concederles legitimación, sino que ello debe depender de un análisis profundo realizado por el Juez en cada caso concreto, pues lo contrario seria limitar la libertad de participación. Continúa diciendo la sentencia:

> […] Por ello, es criterio de esta Sala y sin prejuzgar sobre los accionantes, a los cuales no está dirigida la advertencia, que mientras la ley no cree los mecanismos para determinar quiénes

> pueden representar a la sociedad civil en general o a sectores de ella en particular, y en cuáles condiciones ejercer tal representación, no puede admitirse como legítimos representantes de la sociedad civil, de la ciudadanía, etc., a grupos de personas que por iniciativa propia se adjudiquen tal representación, sin que se conozca cuál es su respaldo en la sociedad ni sus intereses; y sin que pueda controlarse a qué intereses responden: económicos, políticos, supranacionales, nacionales o internacionales.
>
> Esta Sala ha sostenido que las normas constitucionales tienen aplicación inmediata, por ello antes que la ley establezca las formas de participación ciudadana establecidas en la Constitución y los elementos que legitiman tal representación, ha permitido que organizaciones, asociaciones o grupos de personas de reconocida y extensa trayectoria en sus respectivos campos, o conformados de acuerdo a las leyes (tales como las asociaciones de vecinos legalmente constituidas), actúen en las áreas que la Constitución abre a la participación ciudadana; pero ello no se extiende a cualquier grupo que se autoproclame representante de la sociedad civil, y que sin llenar requisito legal alguno, pretenda, sin proporcionar prueba de su legitimidad, más allá del uso de los medios de comunicación para proyectarse públicamente, obrar por ante la Sala Constitucional, sin ni siquiera poder demostrar su legitimación en ese sentido.

Contradictoriamente a la labor que ha venido realizando la Sala de interpretar las normas constitucionales, (sin usurpar las funciones del Poder Legislativo y el principio de reserva legal) deja en manos del legislador esta función, asumiendo una enfoque restrictivo que ciertamente es ya una posición respecto a la interpretación que se le debe dar a la norma puesto que niega la admisibilidad del amparo y desconoce así mismo otras sentencias en las cuales se ha reconocido la participación ciudadana para este tipo de acciones judiciales, como sucedió posteriormente en la Sentencia de 21-11-200 “Gobernadores vs. Ministerio de Finanzas (FIDES):

> En la Constitución vigente se prevé la participación de la sociedad civil (artículo 206); de la sociedad organizada (artículos 182 y 185) de acuerdo con la ley, así como el derecho de palabra por representantes (artículo 211). Igualmente, se toma en cuenta la participación de: las vecindades (artículo 184, numeral 6); barrios (artículo 184 numeral 6); grupos vecinales organizados (artículo 184); organizaciones vecinales y otros de la sociedad organizada (artículo 182) (luego es lo mismo organización vecinal y sociedad organizada); iniciativa vecinal o comunitaria (artículo 173); población (consultas) (artículos 171 y 181); participación ciudadana (artículos 168 y 173); comunidad organizada (artículo 166); participación de la comunidad (artículo 178); comunidades (artículo 184 numerales 4, 6 y 7), y comunidad indígena (artículo 181).

Juzgamos que el verdadero espíritu de las normas constitucionales respecto al derecho de participación se expresó en la sentencia de fecha 29-05-2000 caso Asociación Civil “Queremos Elegir vs. Consejo Supremo Electoral”, por cierto anterior a la ya comentada que dio un acercamiento a la situación de las organizaciones y su legitimación para representar los intereses colectivos y difusos:

> En el presente caso la acción de amparo ha sido interpuesta por los ciudadanos Elías Santana y Liliana Ortega actuando en nombre propio y en el de las organizaciones “Queremos Elegir” y el “Comité de Familiares de las Víctimas de los Sucesos de Febrero-Marzo de 1989” (“Cofavic”), contra el Consejo Nacional Electoral, por la presunta violación de los derechos o garantías consagrados en los artículos 62 (participación libre en los asuntos públicos en forma directa), 63 (derecho a ejercer el sufragio), 143 (derecho a disponer de información veraz y oportuna) y 293 (derecho a gozar de un proceso electoral en condiciones de igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia), de la Constitución vigente. En razón de una serie de hechos y circunstancias alegados por los peticionantes, los cuales podrían ciertamente afectar intereses difusos del colectivo -en el que se integran tanto las personas naturales actoras como las referidas

> organizaciones-, intereses que en este específico caso ameritan una inmediata consideración, *esta Sala* ***reconoce legitimación en las personas y organizaciones que accionan en este proceso con miras a lograr un mandamiento de tutela constitucional,*** *el cual tendrá, de ser acordado, efecto erga omnes; tanto para las personas naturales y organizaciones que han solicitado la protección de amparo constitucional como para todos los electores en su conjunto* (negrillas y subrayado nuestro).

Por su parte Korody (op. Cit., 88), al referirse a esta sentencia nos comenta:

> Es lamentable que en esta sentencia no se hubiera cuestionado la legitimación activa de una de las organizaciones que intentó la acción, pues y es el caso de COFAVIC, dentro de sus estatutos no estaba la defensa de los electores como si en la litisconsorte "Queremos Elegir". Curiosa situación nos hace pensar: (i) Que no importa el vínculo de relación entre la organización y el derecho que se solicita sea tutelado, sino una infracción o amenaza de hecho o (ii) Que la Sala los tomó como simples electores y he allí el vínculo o la relación que se busca para detentar el interés y poder intentar la acción.

Todo lo cual nos haría pensar que en la segunda posición no se está tomando verdaderamente en cuenta la actuación de la organización en representación de los intereses de los electores y que más pareciera la sentencia obedecer a una situación de carácter circunstancial, como lo señala el autor, atendiendo una amenaza de hecho para dar solución al problema.

Sin embargo, queremos significar la importancia de la decisión por cuanto las organizaciones actuaron de manera efectiva en defensa de los intereses colectivos de los electores cuando ningún órgano del Estado -de los que se encontraban suficiente legitimados para ello- lo hizo; lo cual demuestra que

nadie mejor que estas Organizaciones para ejercitar los derechos ciudadanos, motivo por el cual no deberían desestimarse, reconociéndoseles la posición merecida que les ha otorgado la Constitución.

Para Gutiérrez (op. Cit.,217) la legitimación para la defensa de un interés supraindividual o de cualquier otra situación jurídica protegida es la afirmación de titularidad de un derecho o interés legítimo de quien activa el proceso y en el caso de las asociaciones, para que pueda reconocérseles legitimación, en el sentido auténtico del término, es la de su finalidad asociativa (normalmente definida por sus propias normas estatutarias), punto de conexión del objeto litigioso con el sujeto –la asociación- y que habrá que afirmarse como concreta situación legitimante.

Cabría quizá objetar que el criterio de la protección de determinados bienes o intereses como fin estatutario que motive la existencia de la organización, no supondría sino un acto interno de autoatribución de tal finalidad, como propia que podría constituir un importante indicio de que tal ente está constituido para (o tiene la intención de) proteger unos determinados intereses, pero no considerarse criterio suficiente. Y por ello circunstancias como el desarrollo efectivo de dicha actividad vocacional descrita en su normativa interna, o la base personal de la asociación, pueden venir a reforzar y hacer más verosímil su verdadera condición, es decir, en términos técnicos, a acreditar aquella situación legitimante (218).

El hecho es que las soluciones según Capelletti, se han extendido a sujetos privados o asociaciones privadas. Las ventajas de estas soluciones se encuentran en que las asociaciones no sólo tienen la especialización requerida en esta materia, sino que se encuentran en grado de superar la

debilidad del individuo aislado, pueden multiplicar los recursos y pueden promover la defensa de los derechos del entero grupo, así como el de los individuos aislados. Naturalmente, existe la posibilidad de los abusos, lo cual pudiera proveerse requiriendo, generalmente por ley, ciertos requisitos y controles, sobre la adecuación de las distintas asociaciones para desenvolver esta función de tutela colectiva

De modo que, en atención a lo antes expuesto, podemos concluir que tienen legitimación en materia de intereses difusos y colectivos:

1. El Defensor del Pueblo;

2. Los entes públicos especialmente designados por Ley a estos efectos;

3. Los particulares, siempre que demuestren su vinculación con el grupo afectado y sufran las lesiones invocadas; y

4. Las formas organizativas privadas, legitimadas en casos particulares y siempre que demuestren su vinculación con el interés que alegan, tales como las asociaciones, los sociedades, las fundaciones, las cámaras, los sindicatos y demás colectivos cuyo objeto sea la defensa de la sociedad.

F. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN VENEZUELA

1. Introducción

En la Constitución de Venezuela de 1999, se consagra expresamente, por primera vez, el reconocimiento de los derechos e intereses colectivos y Difusos, previéndose en su artículo 26 una legitimación amplia y concurrente para su defensa. Y a pesar de haber sido reconocida la vigencia de tales derechos desde años atrás, la tutela procesal de los mismos es nueva en nuestro país.

En el caso de los intereses difusos y colectivos, la legitimación, es "transindividual" (supraindividual) e "indivisible", como muy bien lo caracterizó José Carlos Barbosa Moreira: "La lesión de uno sólo de los sujetos constituye, ipso facto, lesión entera de la comunidad, y la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos. La manera de satisfacer al individuo, es satisfacer la pluralidad; satisfaciendo la pluralidad, se satisface la individualidad."

Por lo tanto, cuando se afecta de algún modo un derecho o interés difuso o colectivo, se establece una relación jurídica material entre el sujeto que vulnera el derecho y los titulares del mismo, a quienes les nace el interés en pedir al órgano jurisdiccional la tutela jurisdiccional de su derecho.

En razón de que cada uno de los miembros, en forma individual y colectiva resulta afectado, correlativamente cada uno tiene el derecho procesal de poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado para obtener la protección, lo que implicará a todos los que conforman la pluralidad, por cuanto la solución debe ser la misma para la pluralidad.

Y esto lo entendió así el constituyente, al consagrarlo en el artículo 26 de la Constitución: "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso

los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. “Y así lo recogió acertadamente la jurisprudencia de la Sala Constitucional:

> En principio, se ha intentado distinguir si es un derecho material o una forma de postularse procesalmente en la Litis. Los doctrinarios han sostenido que la acción por derechos colectivos o difusos no implica un derecho material sino sólo un derecho procesal para exigir a la justicia la reparación de la situación. Ya que como dice Juan Montero Aroca, “la acción por intereses difusos o colectivos no implica conceder a los ciudadanos un derecho material (lo que sería discutible en Venezuela), sino sólo un derecho procesal, por lo que es necesario que el actor esgrima su derecho subjetivo, no individual, sino común, por tratarse de un derecho de incidencia colectiva en el sentido amplio de la palabra. (1994, Montero citado en Sentencia Dillia Parra Guillén, 2000).

De allí que en 1994, Bidart (citado en Sentencia Dillia Parra Guillén, 30 de Junio de 2000), explica que solamente en materia de intereses difusos o colectivos no se exige interés concreto, propio, inmediato y diferente al de cualquier otro sujeto. El interés es compartido, pero hay invocación de una porción subjetiva del interés común o colectivo, o de un derecho de incidencia colectiva.

Es así que el interés puede ser material, colectivo y difuso y su contenido está establecido en la ley. Lo que cambia es la forma de presentarse ante el proceso, es decir, la legitimación procesal. Tanto el Interés personal como el interés colectivo son intereses personales, lo que los diferencia de los intereses individuales, ya que lo individual excluye a lo colectivo, pero los derechos colectivos no dejan de ser derechos personales puesto que afectan a un grupo de personas de manera directa. (Sentencia. Cit., 30-06-2000).

Con acierto se ha señalado: “El que un interés pertenezca a muchos no quiere decir que no pertenezca a ninguno, sino que todos los miembros de la comunidad de que se trate han resultado igualmente afectados. Ahora bien, por el hecho de pertenecer a muchos el interés no tiene por qué dejar de ser individual (Cordón, 1998, 368).

González Cano (1997, citada por Chavero, 2001, 117), indica que la diferencia no está en el dato objetivo del interés, del tipo de interés, sino en el grado de subjetivización del mismo; en cualquier momento cualquier interés, identificado como un derecho del ciudadano, puede ser colectivo o difuso, dependiendo de la concreción subjetiva de los afectados, es decir, de la existencia o no de una comunidad unificada, determinable en cuanto a sus componentes.

En materia de Intereses colectivos y difusos, el contenido del derecho sigue siendo el mismo, aún cuando existen diferentes formas de postulación al proceso, de acuerdo a lo que consagra la ley a través: 1) De una persona o su representante; 2) A través de organismos específicos en los derechos colectivos y 3) En los difusos por medio de los órganos que establece la Ley o el mismo ciudadano. Así mismo, las partes cambian, según sean derechos individuales, colectivos o difusos pues los efectos de la sentencia serán: diferentes en cada uno de acuerdo a la extensión del grupo afectado y a la extensión temporo- espacial de éstos (Longo, op. cit., 2004).

La Jurisprudencia venezolana ha ido diferenciando ambos tipos de interés con miras a su efectiva protección procesal. Sin embargo tal evolución ha enfrentado dificultades en la interpretación y análisis de los fenómenos jurídicos estudiados haciendo así más difícil la asunción de una posición

uniforme y diáfana de esta institución, creando falta de claridad y consistencia en la aplicación de los criterios que deben regir para la protección de los intereses supraindividuales.

2. Antecedentes

Antes de la decisión del 30 de junio de 2.000, de la Sala Constitucional, lo más cerca que estuvimos de una apertura general a la protección de los intereses difusos y colectivos, con la decisión preferida por la Sala Político-administrativa de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de agosto de 1.998, caso: Instituto Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, ya comentada.

En algunos juzgados de la provincia se tuvo una conciencia más clara de la necesidad de la defensa de estos intereses, tal como en el caso del entonces Juzgado Primero de Primera Instancia de Familia y menores del Estado Táchira, que en fecha 20 de octubre de 1995, con ocasión de un recurso constitucional de amparo, reconoció la legitimación de intereses difusos y colectivos, al declarar con lugar una acción de amparo a favor de un niño nacido en Venezuela a quien se le había negado la inscripción respectiva en el registro Civil, por ser hijo de padres colombianos en situación ilegal dentro del país. En la decisión se dijo que debían ser inscritos todos los niños que se encontraban en similar condición.

La Sala Constitucional en Sentencia de 30 de Junio de 2000, hizo una relación entre Intereses supraindividuales y calidad de vida, considerando que sólo cuando se ve afectada la calidad de vida de toda la sociedad,

entonces estamos ante un interés difuso que genera derechos, surgiendo en cada miembro un interés en su beneficio y de los otros componentes de la sociedad, compartiendo un interés jurídico colectivo o difuso en las distintas categorías subjetivas. Establece así la sentencia, una relación inseparable entre estos dos conceptos:

> Cuando los derechos y garantías constitucionales que garantizan al conglomerado (ciudadanía) en forma general una aceptable calidad de la vida (condiciones básicas de existencia), se ven afectados, la calidad de la vida de toda la comunidad o sociedad en sus diversos aspectos se ve desmejorada, y surge en cada miembro de esa comunidad un interés en beneficio de él y de los otros componentes de la sociedad en que tal desmejora no suceda, y en que si ya ocurrió sea reparada. Se está entonces ante un interés difuso (que genera derechos), porque se difunde entre todos los individuos de la comunidad, aunque a veces la lesión a la calidad de la vida puede restringirse a grupos de perjudicados individualizables como sectores que sufren como entes sociales, como pueden serlo los habitantes de una misma zona, o los pertenecientes a una misma categoría, o los miembros de gremios profesionales, etc. Sin embargo, los afectados no serán individuos particularizados, sino una totalidad o grupo de personas naturales o jurídicas, ya que los bienes lesionados, no son susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto. Se trata de intereses indiferenciados, como los llamó el profesor Denti, citado por María Isabel González Cano (La Protección de los Intereses Legítimos en el Proceso Administrativo. Tirant. Monografías. Valencia-España 1997). Como derecho otorgado a la ciudadanía en general, para su protección y defensa, es un derecho indivisible (así la acción para ejercerlo no lo sea), que corresponde en conjunto a toda la población del país o a un sector de ella. Esta indivisibilidad ha contribuido a que en muchas legislaciones se otorgue la acción para ejercerlos a una sola persona, como pueden serlo los entes públicos o privados que representan por mandato legal a la población en general, o a sus sectores, impidiendo su ejercicio individual.

Sin embargo, consideramos que la Sala en su deseo de asimilar los dos conceptos (intereses Difusos y calidad de vida), confunde lo que podría no ser más que un interés general por parte del estado venezolano en la garantía de los derechos constitucionales a una mejor calidad de vida, lo cual se desglosa en una serie de derechos fundamentales de corte social, con los intereses colectivos y difusos que corresponden no ya al estado garantizarlos, sino a los ciudadanos en la forma de postularse (como un ente de representación colectiva o de un grupo indeterminado de personas) ante los órganos jurisdiccionales desde diversas categorías ejercer las acciones para exigir la protección de sus derechos. De manera que hay dos posiciones fundamentales: la del estado quien desde los órganos públicos está en el deber de garantizar estos derechos acarreando su omisión o violación el surgimiento de acciones en contra de éste para su defensa y la posición de los ciudadanos quienes se colocan ante el estado para hacerlos exigibles. De manera que no se puede utilizar el concepto de "calidad de vida" por ser demasiado general, ya que no establece relación alguna con el verdadero significado de estos intereses asimilándose más bien a intereses generales o públicos que corresponden al estado.

Así lo entiende la Sala:

> Cuando los derechos y garantías constitucionales que garantizan al conglomerado (ciudadanía) en forma general una aceptable calidad de la vida (condiciones básicas de existencia), se ven afectados, la calidad de la vida de toda la comunidad o sociedad en sus diversos aspectos se ve desmejorada, y surge en cada miembro de esa comunidad un interés en beneficio de él y de los otros componentes de la sociedad en que tal desmejora no suceda, y en que si ya ocurrió sea reparada. Se está entonces ante un interés difuso (que genera derechos), porque se difunde entre todos los individuos de la comunidad, aunque a veces la lesión a la calidad de la vida puede restringirse a grupos de

> perjudicados individualizables como sectores que sufren como entes sociales, como pueden serlo los habitantes de una misma zona, o los pertenecientes a una misma categoría, o los miembros de gremios profesionales, etc. Sin embargo, los afectados no serán individuos particularizados, sino una totalidad o grupo de personas naturales o jurídicas, ya que los bienes lesionados, no son susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto. Se trata de intereses indiferenciados, como los llamó el profesor Denti, citado por María Isabel González Cano (La Protección de los Intereses Legítimos en el Proceso Administrativo. Tirant. Monografías. Valencia-España 1997). Como derecho otorgado a la ciudadanía en general, para su protección y defensa, es un derecho indivisible (así la acción para ejercerlo no lo sea), que corresponde en conjunto a toda la población del país o a un sector de ella. Esta indivisibilidad ha contribuido a que en muchas legislaciones se otorgue la acción para ejercerlos a una sola persona, como pueden serlo los entes públicos o privados que representan por mandato legal a la población en general, o a sus sectores, impidiendo su ejercicio individual

Longo (Op. Cit., 8) al referirse a la Sentencia de la Sala Constitucional, de fecha 30 de Junio de dos mil, comenta que la Sala estableció una relación inseparable entre derechos e intereses supraindividuales y calidad de vida, concepto complejo que utilizó para encontrar la fuente de conexión que debe suponerse en las distintas categorías subjetivas que comparten un interés jurídico en situación colectiva o difusa.

Adicionalmente, la misma decisión, al referirse a la legitimación, señaló que “con los derechos e intereses difusos o colectivos, no se trata de proteger clases sociales como tales, sino a un número de individuos que pueda considerarse que representan a toda, o a un segmento cuantitativamente importante de la sociedad, que ante los embates contra su calidad de vida, se sienten afectados en sus derechos y garantías constitucionales destinados a mantener el bien común y que, en forma colectiva o grupal, se van disminuyendo o desmejorando, por la acción u omisión de otras

personas". Este señalamiento es de suma importancia, toda vez que, así como en una primera etapa, ambos conceptos aún no se encontraban completamente diferenciados, el tratamiento genérico que la decisión comentada realiza hasta aquí puede sugerir que esa tendencia asimilativa se mantiene, cuando lo cierto es que, con posterioridad, el fallo se ocupa ciertamente de aislar cada tipo de interés, haciendo trascender dichas diferencias hasta sus más importante efectos, entre los que se encuentran el aspecto de la legitimación procesal. Al referirse a la legitimación establece:

> Con los derechos e intereses difusos o colectivos, no se trata de proteger clases sociales como tales, sino a un número de individuos que pueda considerarse que representan a toda o a un segmento cuantitativamente importante de la sociedad, que ante los embates contra su calidad de vida se sienten afectados, en sus derechos y garantías constitucionales destinados a mantener el bien común, y que en forma colectiva o grupal se van disminuyendo o desmejorando, por la acción u omisión de otras personas.

Para Chavero (Op. cit., 103) ha sido uno de los dogmas tradicionales del Amparo Constitucional en Venezuela el entender que el carácter personalísimo de esta acción conlleva a que sólo las personas directamente afectadas por un acto, hecho u omisión y siempre a título personal son las que tienen legitimación para proteger sus derechos constitucionales, lo cual se ha manifestado en la jurisprudencia llevando a rechazar la legitimación de cualquier persona u organización que pretenda defender un derecho general o colectivo, con el argumento que nadie, a veces ni siquiera una organización debidamente organizada puede abrogarse la representación de un grupo a los efectos de intentar acciones de amparo constitucional .

En Venezuela, una década antes de la Constitución de 1999, las organizaciones no gubernamentales fueron las pioneras en intentar acciones

judiciales que exigían el reconocimiento de derechos de dimensión colectiva al conjunto de individuos afectados por la misma situación que genera la acción, encontrándose con limitaciones en el orden legal, especialmente el constitucional para el desarrollo de Jurisprudencia relacionada con intereses colectivos impidiendo la aceptación de su tutela.

En principio se logró el desarrollo jurisprudencial del concepto de interés público, asociado más a la exploración de los intereses colectivos en su relación con la finalidad pública, que con los derechos colectivos correlativos.

La acción por excelencia para reclamar intereses colectivos y Difusos fue el Amparo como mecanismo extraordinario para lograr la protección de derechos constitucionales que involucraban grupos de personas.

Sin embargo, dichas acciones se enfrentaron en repetidas oportunidades a una noción tradicional del Amparo Constitucional, según la cual el acto, hecho u omisión que producía la violación de los derechos constitucionales del accionante debía afectarlo directamente y no en forma incidental o genérica, pues la acción de amparo constitucional poseía un inminente carácter subjetivo o interpartes, lo que la diferenciaba de la acción popular de inconstitucionalidad. Ello evidenció la Corte Suprema de Justicia en Sala Político- Administrativa en el caso del Registro Automotor Permanente, al señalar respecto a la legitimación para accionar por amparo:

> Esta característica, que pone de relieve la necesaria singularidad en la legitimación activa para incoar el proceso de amparo, queda puesta en evidencia –tal como lo ha advertido la Sala desde los albores mismos de la Institución- , cuando se piensa que aceptar lo contrario, esto es, la

> posibilidad de ejercicio por parte de una o varias personas que se atribuyan la representación genérica de toda la ciudadanía, sería desvirtuar el objeto fundamental del amparo que es la restitución a un sujeto de derecho de una situación o garantía jurídica tutelada por la Constitución, otorgando así a la acción de amparo los efectos generales propios de una acción de nulidad, cuya competencia, procedencia y tramitación procesal son radicalmente distintas. (Sentencia No.369 del 06-08-87, citada por Chavero Op. Cit., 102).

Tal criterio fue ratificado en posterior oportunidad por la misma Corte en el caso Anselmo Natale:

> En efecto, el hecho de que el amparo sirva exclusivamente para restablecer las lesiones a algún ciudadano que se produzcan en sus verdaderos derechos subjetivos fundamentales –entendidos éstos como situaciones de intereses evidentemente privados, en servicio de los cuales el ordenamiento confiere un poder a favor de su titular con el cual puede imponer a otro, aún a la administración una conducta-, y no como un mecanismo abstracto de control de la constitucionalidad, impide que los efectos del mandamiento del Juez puedan extenderse a toda la colectividad, ya que -de así suceder- se estaría más bien "garantizando" o "protegiendo" un interés general o, en el mejor de los casos, un interés colectivo o difuso, consecuencia que se aparta de la finalidad de este medio judicial, a más que para obtenerla existen en nuestro medio judicial consagrados en forma particularmente generosa, acciones *ad hoc*. (vid. Decisión de 31-01-91, citado por Chavero, Op. cit., 102).

Con el mismo obstáculo continuaron enfrentándose al ratificarse jurisprudencialmente en la misma Sala Político Administrativa este criterio:

> En el presente caso el solicitante pretende, mediante un mandamiento de Amparo que se ordene al Servicio de Cartografía Nacional que cese de publicar los mapas de Venezuela con el expresado error, lo cual viene a desvirtuar totalmente el principio fundamental de la acción de amparo constitucional....una orden de esta especie..Equivaldría otorgarle al mandamiento de amparo efectos *erga omnes*, es decir, involucraría a sujetos no intervinientes en el presente proceso, pues resulta imposible que el cese en la publicación de estos mapas sea dirigido única y exclusivamente a una persona, en este caso al solicitante, sin que afecte al resto de la colectividad no participante en la controversia...con la presente petición el accionante está atribuyéndose una representación genérica de toda la ciudadanía. *(Caso Oscar Vila Masot del 13-8-92, citado por Chavero, Op. cit., 102).*

Bajo esta tesis, la pretensión de Amparo debe ser ejercida por el afectado en sus derechos constitucionales en forma directa, lo que excluiría la legitimación de personas y organizaciones para cuestionar actos, hechos u omisiones, al entenderse que se estarían vulnerando los principios de democracia representativa y seguridad jurídica lo cual sugiere que nadie ni siquiera una asociación debidamente legalizada puede abrogarse la representación de un grupo, a los efectos de intentar acciones de amparo constitucional.

Otro ejemplo representativo de tal posición lo es la decisión Simón Hebert Faull, en la cual la Sala político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia negó la legitimación del accionante en amparo, por considerar que se había abrogado la representación del colectivo:

> En el caso presente, lo planteado no es la titularidad de un interés difuso, sino de un supuesto interés colectivo, del cual el actor se autoconsidera representante, circunstancia ésta que

> impide que posea legitimidad para actuar, por cuanto sus alegatos pueden estar en contraste con los múltiples sujetos y entidades integrantes de la colectividad. Nadie puede autotitularse sin que exista una norma que lo faculte para ello- como representante de la colectividad, y menos aún pretender que se dicte un fallo de conformidad con sus deseos capaz de recaer sobre la totalidad de los ciudadanos, quienes pueden o no estar de acuerdo con la pretensión que hubiese deducido". (*Sentencia del 2-5-96, registrada bajo el No.277, citado por Chavero, Op. Cit.,, 102).*

En este Fallo el actor buscaba proteger el derecho a la vida y el ambiente sano, derechos que de acuerdo con el caso planteado resultaban de imposible individualización, por lo tanto, decir que no puede abrogarse la representación del colectivo es como decirle al actor que perdió su derecho porque también pertenece a los demás. La corte en sucesivas decisiones mantuvo el criterio de que el agravio debía ser personal y directo. Aquí cabría preguntarse lo siguiente: ¿El hecho de que varias personas exijan la protección de un derecho fundamental que corresponde a un colectivo, hace que éste deje de ser personal?

Lo que se desprende es el hecho de que parecía que ninguna persona u organización podía defender a través del amparo constitucional derechos constitucionales de naturaleza colectiva, pues se entendía que el carácter personal y directo del amparo excluía la posibilidad de extender los efectos de una sentencia a personas que no habían participado directamente en el proceso.

La apertura en mostrada en esta materia con algunas decisiones como la dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia

en fecha 14 de agosto de 1998, en el Caso Instituto Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, C.A., dio paso a otras no menos importantes. Es así como en Julio de 1.999, al Corte Suprema de Justicia sentenció a favor de los intereses colectivos de las personas que viven con VIH. Si bien no había un pronunciamiento expreso se logró un precedente jurisprudencial vinculado con los intereses colectivos al extender "...lo ordenado en el [...] mandamiento de amparo..." a la concurrencia de ciertos supuestos – padecimiento de VIH SIDA por el solicitante, necesidad de tratamiento, carencia de recursos para sufragar los gastos del tratamiento y ser venezolano y residente en el territorio de la República. (Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa. Sentencia 15-07-99).

Finalmente, en Venezuela se empezaron a dar las condiciones constitucionales para esta apertura a la legitimación en aras de garantizar una tutela judicial efectiva. Muchos entendían que no se podía limitar la tutela a un interés legítimo, personal y directo. Cada día era más factible el reconocimiento de intereses colectivos y difusos y su legitimación en el seno de una sociedad cada vez más compleja en donde las grupos son los que promueven con más eficacia la protección de los intereses ciudadanos.

Con la aparición de la Sala Constitucional se ha operado un cambio trascendente en el tratamiento de estos derechos desde sus primeras decisiones, lo cual denota la importancia que ha representado el establecimiento de las bases constitucionales (artículo 26 de la Constitución) para la regulación y efectiva protección en esta materia.

En materia de ***competencia*** en todas las acciones referidas a los intereses difusos y colectivos, la propia Sala Constitucional ha establecido que le deberá corresponder el conocimiento de las acciones que tengan por objeto

la tutela de intereses difusos y colectivos, mientras la Ley no lo atribuya a otro tribunal. En consecuencia, ni el contencioso administrativo, ni la justicia ordinaria o especial son competentes, a juicio de la Sala, para declarar y hacer efectivos estos derechos salvo que la Ley disponga lo contrario.

Así lo estableció por medio de la precitada decisión de fecha 30 de junio de 2000 (Caso *Dilia Parra*), al sostener que esa tutela le correspondía por cuanto, en su criterio, ello constituye materia del dominio de lo constitucional y, por ende, de la jurisdicción constitucional que a ella exclusivamente le corresponde, ya que "*estos derechos de defensa de la ciudadanía vienen a ser el desarrollo de valores básicos de la Constitución y del derecho positivo, por lo que debe corresponder a esa Sala Constitucional el conocimiento de tales acciones, mientras la ley no lo atribuya a otro tribunal*" (cursivas nuestras).

La posición asumida por gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia antes del año 1999 en relación a una legitimación restringida de la acción de amparo, dejó a un lado la posibilidad de la defensa de los derechos constitucionales, entre ellos los considerados plurales. Para Korody (Op.cit., 61), el tema de los derechos colectivos y difusos no puede ser visto como un problema de "objeto de derecho", sino de índole procesal, aspecto éste considerado por la Sala Constitucional en la mencionada sentencia del 30 de junio de 2000, caso de Dilia Parra Guillén contra Asamblea Nacional, en el cual el Tribunal Supremo de Justicia define los Intereses difusos y colectivos:

> Si bien es cierto que hay bienes jurídicos transpersonales o suprapersonales, en contraposición con los individuales, no es menos cierto que el derecho o interés difuso se refiere a un bien que atañe a todo el mundo, a personas que en principio no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, sino que es un bien asumido por los

> ciudadanos (pluralidad de sujetos), que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión. Ellos se fundan en hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada. […] diferente a la lesión que se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado o individualizado, como serían los habitantes de una zona del país, afectados por una construcción ilegal que genera problemas de servicios públicos en la zona. Estos intereses concretos, focalizados, son los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos.

3. La Legitimación

La Sala Constitucional refiriéndose además al tema de la legitimación de estos derechos, en cuanto al interés colectivo sostuvo:

> […]Quien demanda con base a derechos o intereses colectivos, deberá hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés. Se trata de un grupo o sector no individualizado, ya que si lo fuese, se estaría ante partes concretas. Así están legitimadas las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos, y demás entes colectivos cuyo objeto sea la defensa de la sociedad - siempre que actúen de acuerdo a sus principios estatutarios, así como cualquier persona afectada directamente por la lesión al interés colectivo o difuso (T.S.J., Sentencia 30 de Junio de 2000).

En esta situación cabría preguntarse la posibilidad de que un individuo sin cumplir con los requisitos de pertenencia a un grupo pudiera intentar una acción de amparo en nombre del mismo existiendo una lesión a los derechos fundamentales. Creemos que sí y ello debería ser objeto de análisis por el Juez quien deberá privilegiar por encima de los requisitos formales de la legitimación el hecho de una lesión a los derechos fundamentales.

Según jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, aun cuando los particulares no invoquen la representación de intereses colectivos o difusos, si el Juez constata tal circunstancia, deberá notificar a la Defensoría del Pueblo o al ente administrativo que tenga atribuida la competencia en particular (*e.g.* en casos de urbanismo, protección al consumidor, etc.).

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por medio de la ya citada sentencia de fecha 30 de junio de 2000 (caso Dilia Parra), estableció en relación a los legitimados para intentar las acciones dirigidas a salvaguardar los intereses difusos o colectivos, que en principio, todos los miembros de la sociedad están habilitados para solicitar la declaración jurisdiccional en beneficio de la comunidad. No obstante, la legitimación en estos casos no puede ser confundida con la exigida para la acción popular donde cualquier ciudadano está legitimado para incoarla (cursivas nuestras).

La Sala dispuso que si la previsión contenida en el artículo 26 de la Constitución, conforme a la cual se puede acceder a la justicia para hacer valer derechos e intereses colectivos y difusos, debe ser interpretada *en* forma amplia y en consecuencia, cualquier persona procesalmente capaz que busque impedir el daño causado a la sociedad, o al segmento de ésta al cual pertenece, podrá intentar una acción por intereses difusos o colectivos.

Y, en caso de haber sufrido daños personales, solicitar a titulo particular y de manera acumulativa la indemnización de los mismos.

Esta posición fue ratificada por la propia Sala en decisión de fecha 31 de agosto de 2000 (Caso: William Ojeda). En la misma, la Sala Constitucional estableció los requisitos que asegurarán que el particular que actúe en nombre de estos derechos lo haga fundamentado en un interés plural y no particular con motivo de la ampliación de los efectos de la sentencia. La Sala resumió dichos requisitos para hacer valer derechos e intereses difusos o colectivos, de la siguiente manera:

> **1**. Que el que acciona lo haga en base no sólo a su derecho o interés individual, sino en función del derecho o interés común o de incidencia colectiva.
>
> **2.** Que la razón de la demanda (o del amparo interpuesto) sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores, ha quedado lesionada al desmejorarse su calidad común de vida.
>
> **3.** Que los bienes lesionados no sean susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto (como lo sería el accionante).
>
> **4**. Que se trate de un derecho o interés indivisible que comprenda a toda la población del país o a un sector o grupo de ella.
>
> **5.** Que exista un vínculo, así no sea jurídico, entre quien demanda en interés general de la sociedad o de un sector de ella (interés social común), nacido del daño o peligro en que se encuentra la colectividad (como tal). Daño o amenaza que conoce el Juez por máximas de experiencia, así como su posibilidad de acaecimiento.
>
> **6.** Que exista una necesidad de satisfacer intereses sociales o colectivos, antepuestos a los individuales.

> **7.** Que el obligado, deba una prestación indeterminada, cuya exigencia es general.

También ha señalado la Sala que si bien cualquier particular puede acceder a los órganos de justicia en representación de intereses difusos o colectivos, es lo cierto que dentro de la estructura del Estado sólo la Defensoría del Pueblo sería la legitimada para intentar este tipo de acciones, quedando excluidos de esa legitimación el Ministerio Público, los Gobernadores, los Alcaldes y los Síndicos Municipales a menos que la ley se las atribuya tal como lo estableció la Sala Constitucional en Sentencia del del 21 de noviembre de 2000. Caso: William Dávila:

> ¿Pueden los gobernadores y alcaldes representar a las comunidades y pobladores de su demarcación político-territorial, y por lo tanto, ejercer a nombre de esos ciudadanos, estos derechos colectivos que la Constitución o la Ley otorgan a esos entes sin personalidad jurídica, como el pueblo, o la sociedad, o las comunidades?
>
> …Omisis…Consecuencia de lo anterior, es que los entes colectivos sin personalidad jurídica no pueden ser representados ni por los Gobernadores de los Estados, ni por los Alcaldes, ya que ambos funcionarios tienen señaladas en la Constitución sus atribuciones. Corresponde al Gobernador el gobierno y administración de cada Estado, lo que involucra la representación del Estado, que es una entidad autónoma, con personalidad jurídica plena, conforme a los artículos 159 y 160 de la Constitución de 1999; mientras que a los Alcaldes corresponde el gobierno y administración del Municipio, el cual también goza de personalidad jurídica (artículos 167 y 168 *eiusdem*), siendo la función municipal como la estadal, ocuparse de la administración de sus bienes y servicios, poderes y competencias, entre las cuales no está prevenida la representación de los entes colectivos sin personalidad jurídica que se encuentran en sus territorios.

> A pesar de tener personalidad jurídica, entre los cometidos constitucionales de los Estados y de los Municipios no se encuentra ejercer los derechos de los entes colectivos que existen o funcionen dentro de sus demarcaciones político-territoriales, y ello es debido a que la Constitución quiere que dichos entes estén como tales, separados del Poder Público, así interactúen con él en muchas áreas, como lo previenen los artículos 184, 206, 211 o 326 de la Constitución de 1999, por ejemplo. La corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad, o entre los Municipios y las comunidades, hace nacer en esos entes sin personalidad jurídica, una serie de derechos cívicos destinados a que el Poder Público cumpla con sus deberes y obligaciones, y estas acciones de cumplimiento, de preservar, o de restablecimiento de situaciones jurídicas, pueden ser contra los Poderes Públicos, por lo que mal pueden ellos demandarse a sí mismos en nombre de quienes pueden exigirles la corresponsabilidad sobre los ámbitos señalados –por ejemplo- en el artículo 326 de la Constitución de 1999. (Sentencia Gobernadores vs FIEM 21-11-2000 citada por Korody, Op. Cit., 80).

Dicho Criterio fue ratificado en sentencia del 09 de febrero de 2001 por la misma Sala Constitucional:

> Así las cosas, reiterando el criterio asentado en el fallo parcialmente trascrito, y considerando que la ley no ha atribuido a los Estados como entes político-territoriales la facultad de intentar acciones en protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de las comunidades locales, debe esta desestimar la legitimidad del accionante para interponer –en su condición de Gobernador del Estado Miranda – la presente acción de amparo constitucional (Sala Constitucional, Sentencia Enrique Mendoza del 09 de febrero de 2001).

De esta manera, la Sala constitucional haciendo caso omiso de la posibilidad que tienen estas autoridades legítimamente elegidas, a quienes a través del voto se les concedió una representación societaria, queriendo actuar en defensa de derechos específicos de la población se les negó tal

representación e impidió por tanto su tutela específica. Tal hecho, debe ser analizado de acuerdo al caso concreto apuntando más a la necesidad de tutela que al otorgamiento de una legitimación restringida a la Defensoría del Pueblo, sin desvirtuar el carácter con el que proceden los alcaldes y gobernadores o cualquier otra autoridad, pues quien más sino ellos tienen el deber de actuar en defensa de los intereses de la población que representan aún cuando puedan ser objeto de tales acciones como indicó la referida sentencia.

Para Chavero (Op. Cit.,115) es contrario a los principios de amplitud en el acceso a la justicia y de representatividad, el impedir que un Alcalde o un Gobernador no pueda representar los Derechos Constitucionales de la entidad que representan o, al menos los derechos colectivos de los habitantes de sus territorios, considerando insuficiente encomendar sólo a la Defensoría del pueblo, la Protección de estos Derechos colectivos pues éstos representantes gozan de legitimad popular y han sido electos, precisamente por el apoyo de la menos la mayoría de los sufragantes.

Quizá el problema que se presenta en nuestra opinión, no sea el hecho de que los Gobernadores y Alcaldes actúen en representación de comunidades que no poseen personalidad jurídica, sino que ejercen otro tipo de representación distinta a la que procede para ejercer acciones en materia de intereses colectivos y difusos. Ello es así puesto que si bien ejercen una representación, ésta es de carácter político, equivale a una legitimación popular, la misma tiene un sentido de vigilancia de la legalidad y les es dada para ejercer facultades de administración y de gobierno, no es exclusiva para intentar acciones judiciales, para lo cual requeriría legitimación ad causam, teniendo en cuenta que quien acciona por intereses colectivos y difusos lo hace en razón de que él mismo es afectado y

comparte una porción de ese interés, no actúa como un representante o apoderado sino actuando un interés que le es personal. Resulta innecesario además que este colectivo posea personalidad jurídica pues ello sería materialmente imposible lo que equivale a entender que éstos son intereses difusos.

De manera que no compartimos la posición de Chavero cuando indica:

> Para nosotros es sencillamente contrario a los principios de amplitud en el acceso a la justicia y de representatividad, el impedir que un alcalde o gobernador, no pueda representar los derechos constitucionales de la entidad que representan o, al menos los derechos colectivos de los habitantes de su territorio. Nos luce insuficiente el encomendar a la Defensoría del pueblo, la protección de estos derechos colectivos, pues éstos representantes gozan de legitimidad popular y han sido electos precisamente por el apoyo de al menos la mayoría de los sufragantes.

La sala Constitucional en posteriores sentencias se ha referido a los beneficiarios de los Derechos colectivos de lo cual se desprende la legitimación de los mismos para actuar en su defensa:

> Es beneficiaria de los derechos colectivos una agrupación de individuos subjetivamente indeterminados que gozan o pueden gozar de la satisfacción de un interés común, lo cual significa que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los sindicatos, las asociaciones, pero también minorías étnicas, religiosas o de género, que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común derivado del disfrute de tales derechos colectivos. (Caso Félix Rodríguez del

19-12-2002 y caso Claudio ramón Betancourt Liscano de fecha 16-02-2004)

En materia de Intereses Difusos, caso Dilia Parra, la Sala señaló:

> […] El derecho o interés difuso, debido a que la lesión que lo infringe es general (a la población o a extensos sectores de ella), vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexo o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas sólo por la misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de una sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución.
>
> […] el derecho o interés difuso se refiere a un bien que atañe a todo el mundo, a personas que en principio no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, sino que es un bien asumido por los ciudadanos (pluralidad de sujetos), que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión.
>
> Para poder accionar en nombre de intereses o derechos colectivos o difusos, debe existir un vínculo común entre quien acciona para lograr la aplicación de una norma, y la sociedad o el segmento de ella (que) se ven afectados por la acción u omisión de alguien. La acción por intereses difusos no es susceptible de apropiación individual y exclusiva por nadie, ya que cualquiera de los lesionados puede ejercerlo. […].
>
> En consecuencia, cualquier persona procesalmente capaz, que va a impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece, puede intentar una acción por intereses difusos o colectivos, y si ha sufrido daños personales, pedir sólo para sí (acumulativamente) la indemnización de los mismos. Esta interpretación fundada en el artículo 26, hace extensible la legitimación activa a las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos, y demás entes colectivos, cuyo objeto sea la defensa de la sociedad, siempre que obren dentro de los límites de sus objetivos societarios, destinados a velar por los

> intereses de sus miembros en cuanto a lo que es su objeto. El artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, sigue esta orientación.

De esta manera se evidencia la falta de claridad de la Sala en materia de legitimación para actuar en defensa de estos intereses, así como evidentes contradicciones en cuanto a las facultades que posee todo ciudadano para proceder en representación de los derechos difusos lo que viene a oscurecer aún más el panorama.

Sin embargo, en esta sentencia la Sala a pesar de comenzar siendo sumamente amplia en la legitimación, termina otorgándole a la Defensoría del pueblo la posibilidad para actuar en materia de intereses colectivos y Difusos.

> El gran problema surge en que quien demanda por derechos o intereses difusos, lo debe hacer a nombre de la sociedad, y lo hace atendiendo al derecho subjetivo indivisible que comparte con el resto de las personas, o a su interés compartido con la población y ¿cómo sin recibir representación de ese resto, puede obrar en nombre de ellos y de sus intereses?; ¿Quién es el legitimado para actuar?. Ante esa realidad, se entiende el por qué en algunas legislaciones se otorga la representación a un ente específico y se le niega a los ciudadanos en particular.

Lo que sí dimana del estado actual de la legislación venezolana, es que un particular no puede demandar una indemnización para el colectivo dañado, cuando acciona por intereses difusos, correspondiendo tal pedimento a entes como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, por ejemplo.

Tal posición resulta contradictoria con el razonamiento planteado y hasta violatoria de los derechos constitucionales por cuanto si el particular posee

un “interés compartido, pero hay invocación de una porción subjetiva del interés común o colectivo, o de un derecho de incidencia colectiva” pues entonces queda legitimado de acuerdo al estudio que realice el Juez constitucional para solicitar la tutela efectiva de sus derechos. Tal situación requiere una noción amplia de la legitimación procesal por cuanto debemos preguntarnos si acaso la Defensoría del Pueblo estará más legitimada que el particular que sufre la lesión e invoca la protección de su derecho. Ello puede traer como consecuencia que se le vulnere a muchos accionantes de manera expresa los derechos fundamentales consagrados en los artículos 26 (Derecho a la Tutela Judicial efectiva), artículo 49 (Derecho a la defensa y según algunos autores el artículo 27 de la constitución (Korody, Op.cit.,70).

> A juicio de esta Sala, la norma señalada no es excluyente y no prohíbe a los ciudadanos el acceso a la justicia en defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos, ya que el artículo 26 de la vigente Constitución consagra el acceso a la justicia a toda persona, por lo que también los particulares pueden accionar, a menos que la ley les niegue la acción. Dentro de la estructura del Estado, y al no tener atribuidas tales funciones, sólo la Defensoría del Pueblo (en cualquiera de sus ámbitos: nacional, estadal, municipal o especial) puede proteger a las personas en materia de intereses colectivos o difusos, no teniendo tal atribución (ni la acción), ni el Ministerio Público (excepto que la ley se la atribuya), ni los Alcaldes, ni los Síndicos Municipales, a menos que la ley se las otorgue (Sentencia Dillia Parra Guillén).

El artículo 281 de la Constitución le otorga a la Defensoría del Pueblo la competencia para actuar en materia de intereses colectivos y difusos, en el caso de los colectivos sin necesidad de pertenecer o de vincularse a la pluralidad definida; en el caso de los difusos se le otorga igual competencia, sin embargo la misma no debe excluir a otros sujetos de derecho, entes u organizaciones públicas lo cual se desprende de la normativa constitucional

contenida en los artículos precedentemente señalados y en consonancia con el artículo 257 de la misma Constitución de la República:

> La invocación de la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos en que funda su pretensión la accionante, está acorde con lo que para esta Sala son los rasgos característicos de estos derechos e intereses, y que antes se explicaron, por lo cual, la Defensoría del Pueblo goza de la legitimación necesaria para ejercer la presente acción, y así se declara.
>
> Dada la diferencia entre intereses difusos y colectivos, la acción (sea de amparo o específica) para la protección de los primeros la tiene tanto la Defensoría del Pueblo dentro de sus atribuciones, como toda persona domiciliada en el país, salvo las excepciones legales; mientras que la de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúa en defensa del colectivo. Tanto particulares como personas jurídicas cuyo objeto sea la protección de tales intereses, podrán incoar las acciones, y la legitimación en todas estas acciones es variable, de acuerdo a la naturaleza de las mismas, de allí que la ley puede limitar la acción en determinadas personas o entes. Sin embargo, en nuestra Constitución, en los supuestos del artículo 281, se otorgó objetivamente el interés procesal y la legitimación de derecho a la Defensoría del Pueblo. (TSJ, SC, Sentencia 30 de junio 2000).

En cuanto al Ministerio público no existe un llamado expreso, como en el caso del Defensor del Pueblo de intentar las acciones de amparo sobre los intereses colectivos y Difusos, aunque tampoco se le niega; no obstante, el Tribunal Supremo en el caso Colegio de Médicos del Distrito Federal (Sala Constitucional, 23/08/2000) negó la legitimación activa del Ministerio público para incoar un recurso de amparo para la Protección de Intereses Difusos, interpretando restrictivamente el mandato constitucional contenido en el

artículo 285. De igual forma se pronunció la misma Sala en Sentencia del 21 de noviembre de 2000:

> Tampoco corresponde al Ministerio Público la representación de los entes colectivos de que trata esta sentencia, a menos que la Ley expresamente así lo señale, o que actúe como representante de la sociedad, como ocurre en los procesos civiles donde se ordena su citación o notificación. Observa esta Sala que, entre los deberes y atribuciones expresadas en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público no aparece la representación de los entes colectivos a que se refieren las disposiciones constitucionales antes citadas; y tampoco aparece entre los deberes y atribuciones, contenidos en el artículo 34 *eiusdem*, a pesar de que en el ordinal 1° de dicha norma se le atribuye promover la acción de la justicia en todo lo que concierne al interés público y a lo establecido en las leyes, pero es necesario, tal como lo dice el aludido ordinal 1° que la ley establezca la actuación, lo que no sucede en relación con los derechos de los entes colectivos sin personalidad jurídica, motivo por lo cual tampoco puede considerarse al Ministerio Público como representante nato de dichos entes, y así se decide. (caso “Gobernadores vs. FIEM” citado por Korody, Op. Cit., 77).

En este sentido, el Ministerio Público posee competencia ex lege de acuerdo a lo establecido en los artículos 46, literal g del 143 y literal f del 147 del Código Orgánico Procesal Penal y en el artículo 170 de de la ley orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (vid. opus. cit.).

4. Legitimación de las ONG’s

En cuanto a la legitimación de las ONG´s, uno de los casos que alcanzó notable repercusión fue el de la Red de Veedores de la UCAB, en el que la Sala negó la legitimación al grupo solicitante de la Protección constitucional:

> Por ello, es criterio de esta Sala y sin prejuzgar sobre los accionantes, a los cuales no está dirigida la advertencia, que mientras la ley no cree los mecanismos para determinar quiénes pueden representar a la sociedad civil en general o a sectores de ella en particular, y en cuáles condiciones ejercer tal representación, no puede admitirse como legítimos representantes de la sociedad civil, de la ciudadanía, etc., a grupos de personas que por iniciativa propia se adjudiquen tal representación, sin que se conozca cuál es su respaldo en la sociedad ni sus intereses; y sin que pueda controlarse a qué intereses responden: económicos, políticos, supranacionales, nacionales o internacionales.
>
> […] La función pública se haría caótica, si cualquier asociación o grupo de personas, arrogándose la representación de la ciudadanía o de la sociedad civil, pretendiere fuese consultada antes de la toma de cualquier decisión; o exigiere de los poderes del Poder Público la entrega de documentos, datos o informaciones sin que la ley los faculte para ello; o quisiera ingresar a dependencias del Estado a indagar sobre lo que allá acontece sin que ninguna disposición legal se lo permita. Tal situación caótica se acentuaría si estos entes mediante el uso de los medios de comunicación tratasen de formar matrices de opinión pública favorables a sus pretensiones cuando ellas carecen de fundamento legal. De allí, que se hace impretermitible, para el desarrollo de los derechos de tales organizaciones ciudadanas, que la ley establezca los requisitos y condiciones a cumplir para que puedan ser considerados representantes de la sociedad civil y de la ciudadanía. En algunas áreas como la municipal o la de justicia de paz, la Ley Orgánica de Régimen Municipal y la Ley Orgánica de la Justicia de Paz han regulado las asociaciones de vecinos, señalando el perfil que permite tenerlas como tal, pero mientras otras leyes especiales, o una general, no regulen tal situación, queda a juicio de esta Sala, teniendo en cuenta su trayectoria y continuidad en sus objetivos en la materia

> donde pretenden actuar, calificar la legitimación activa, cuando dichos entes obren a nombre de la sociedad civil, la ciudadanía, o de las organizaciones no gubernamentales, y así se declara. (Sala Constitucional, 23/08/2000, opus. cit).

Sin embargo, contradictoriamente la Sala ya había reconocido la participación ciudadana para este tipo de acciones judiciales tal como sucedió en la sentencia "*Queremos Elegir*" recaída en fecha 29 de mayo del 2000:

> En el presente caso la acción de amparo ha sido interpuesta por los ciudadanos Elías Santana y Liliana Ortega actuando en nombre propio y en el de las organizaciones "Queremos Elegir" y el "Comité de Familiares de las Víctimas de los Sucesos de Febrero-Marzo de 1989" ("Cofavic"), contra el Consejo Nacional Electoral, por la presunta violación de los derechos o garantías consagrados en los artículos 62 (participación libre en los asuntos públicos en forma directa), 63 (derecho a ejercer el sufragio), 143 (derecho a disponer de información veraz y oportuna) y 293 (derecho a gozar de un proceso electoral en condiciones de igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia), de la Constitución vigente. En razón de una serie de hechos y circunstancias alegados por los peticionantes, los cuales podrían ciertamente afectar intereses difusos del colectivo -en el que se integran tanto las personas naturales actoras como las referidas organizaciones-, intereses que en este específico caso ameritan una inmediata consideración, esta Sala reconoce legitimación en las personas y organizaciones que accionan en este proceso con miras a lograr un mandamiento de tutela constitucional, el cual tendrá, de ser acordado, efecto *erga omnes;* tanto para las personas naturales y organizaciones que han solicitado la protección de amparo constitucional como para todos los electores en su conjunto. Así se decide.

5. Pretensiones ejercitables

En la ya citada sentencia de Dillia Parra Guillén, por otra parte, se estableció que las acciones que pueden ejercerse como medio de protección de los intereses difusos y colectivos, son *siempre* de condena o restablecedoras de las situaciones lesionadas, pero nunca mero declarativas o constitutivas. Así, entre las pretensiones de una acción de esta naturaleza, se puede incluir, aparte de la indemnización por daños y perjuicios causados, el cese de la actividad o la supresión del producto o bien que causa la lesión, lo cual viene de alguna manera a corregir anteriores fallos, como por ejemplo en el caso de Vila Masot ya citado .

Lo que sí está impedido a los particulares es exigir una indemnización para el conglomerado social que se viera afectado en sus derechos fundamentales, en este caso, los legitimados para exigir dicho resarcimiento son el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo.

En segundo lugar gracias a que por la vía del Amparo Constitucional se ha invocado la protección de los intereses colectivos y difusos éstos han logrado su definición y reconocimiento con el aval de la Sala Constitucional otorgando carácter vinculante a dichas decisiones en las que se ha determinado la legitimación activa para actuar en esta materia admitiendo la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo en protección de estos intereses e incluso acordando medidas cautelares con efecto *erga omnes,* tanto para personas naturales como para organizaciones que lo han solicitado.

Otro de los notables aspectos en los que la Jurisprudencia del TSJ ha sentado criterio ha sido el de los efectos de la Sentencia. En este sentido un caso representativo es el de los Créditos Indexados (caso: *Deudores Hipotecarios*; 13/1/2002, Asodeviprilara), en la que se solicitó Amparo Constitucional al TSJ frente a la inacción de dos organismos del Estado, la Superintendencia de Bancos y e Indecu, para que éstos adoptaran las medidas que garantizaran derechos constitucionales supuestamente violados, pues los contratos impedirían el cumplimiento de la norma constitucional que garantiza el derecho a una vivienda digna, ya que la capitalización de intereses haría que el crédito fuera impagable, por lo que también se solicitó ordenar al Banco Central de Venezuela fijar las tasas de Interés y que el Tribunal Supremo de Justicia prohibiera por ilegales y usurarios los contratos.

El auto de admisión declaró que el amparo constitucional propuesto era inadmisible, pero dada la circunstancia de que en la situación descrita se encontraba afectado un número indeterminado de personas, admitió la pretensión como demanda por intereses difusos y colectivos y definió el procedimiento bajo el cual el Tribunal tramitaría la solicitud. De esta manera, el Tribunal Supremo de Justicia sentó posición sobre la materia. En adelante se ratificó esta doctrina en cuanto a la definición de los derechos e intereses colectivos y difusos.

Uno de los aspectos más resaltantes de esta sentencia, ha sido que Sala Constitucional le otorgó efectos *erga omnes*, para lo cual cambió la calificación de la pretensión de Amparo por la de una pretensión Autónoma por Intereses Colectivos y Difusos.

De igual manera, en cuanto al procedimiento, la decisión de Asodeviprilara, dejó sentado que en caso de que la acción se interponga por la vía ordinaria, dicho órgano utilizará el procedimiento que estime más conveniente, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así, se reconoció que "...si la acción se fundamenta en el resarcimiento de los daños sufridos por los lesionados, o en la pretensión de cumplimiento de obligaciones, entre otros, diferentes a la simple restitución de una situación jurídica particular, que es la finalidad del amparo constitucional, la acción debe ser interpuesta por la vía ordinaria, en el entendido de que esta Sala, por aplicación analógica al caso del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y de los principios antes aludidos, utilizará el procedimiento que crea conveniente,...".

Consideramos beneficioso el hecho de que no fuera necesario recurrir a una vía extraordinaria para la protección y defensa de los intereses colectivos y difusos, pues utilizando una pretensión autónoma se puede accionar directamente y lograr las indemnizaciones que corespondan, dándole así cumplimiento al precepto constitucional y garantizando la tutela efectiva de estos derechos.

El procedimiento acordado fue expuesto en la sentencia Nº 2354 del 3 de octubre de 2002 (Caso: Carlos Tablante contra CADAFE y ELECENTRO) y en ella se indicó:

> "...Por último, la Sala decide aplicar a la acción planteada el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con variantes destinadas a potenciar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación de esta clase de procesos, y debido a que el demandante erradamente planteó un amparo, al admitirse la demanda se le comunicará que tienen la

carga de promover en un lapso de cinco (5) días después de su notificación a menos que se encuentren a derecho, toda la prueba documental de que dispongan, así como la mención del nombre, apellido y domicilio de los testigos si los hubiere.

Los llamados a juicio como demandados, procederán a contestar por escrito la demanda, sin que sean admisibles cuestiones previas, produciendo un escrito de contestación que contiene sus defensas o excepciones de manera escrita, sin citas jurisprudenciales ni doctrinales, y que además contendrá la promoción y producción de la prueba documental de que dispongan y de los testigos que rendirán declaración en el debate oral.

A partir de la contestación, conforme a lo que más adelante se expresa, el tribunal aplicará para la sustanciación de la causa, lo dispuesto en los artículos del 868 al 877 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo las partes promover, en el término señalado en el artículo 868 del citado, las pruebas que creyeren convenientes ofrecer, conforme al artículo 395 **eiusdem**.

Decidido lo anterior, la Sala ordena se emplace a las empresas demandadas, en la persona de sus respectivos Presidentes, para que contesten la demanda. Igualmente, se ordena publicar un edicto en la prensa llamando a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes, e igualmente se notificará de esta acción al Fiscal General de la República, a la Procuradora General de la República y al Defensor del Pueblo, a fin que si lo considerasen conveniente acudan como terceros coadyuvantes a favor de las partes.

Se otorgan diez (10) días de despacho a partir del último citado o notificado, o de la fecha de publicación del edicto aquí señalado, si él fuese publicado después de las citaciones y notificaciones, a fin que dentro de dicho lapso los emplazados presenten la contestación de la demanda. Los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que apoyen las posiciones de las partes con quienes coadyuvarán.

Se fija el quinto (5°) día de despacho siguiente al fin del lapso de emplazamiento, a las 10:30 a.m. para que tenga lugar la audiencia preliminar prevista en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, la cual será dirigida por la Sala.

> Con el fin de evitar la multiplicidad de intervinientes en la audiencia, la Sala, tomando en cuenta la coincidencia en las posiciones de los mismos, podrá escoger a las personas (una o mas) como representante de los coincidentes, tomando en cuenta lo expuesto por cada uno de ellos en su escrito de contestación.
>
> Los coadyuvantes con las partes, no podrán promover las pruebas preclusivas de éstas, a ser ofrecidas con su demanda o contestación, una vez que se incorporen al proceso, y las oportunidades de promoción de las pruebas preclusivas ya no existan. Tratándose de una acción de intereses difusos y colectivos, sólo podrán promover pruebas con relación a los alegatos de las partes con quienes coadyuven, y con las cuales deben coincidir en los alegatos fácticos".

*Otros casos representativos en los cuales se ha invocado la defensa de los intereses colectivos y difusos han sido : caso S*indicato único de Transporte del Estado Nueva Esparta mediante Amparo Constitucional conjuntamente con medida cautelar innominada contra la Alcaldía del Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta, interpuesta por la presunta violación del derecho al trabajo de los transportistas y la adecuada prestación del servicio público de transporte, establecidos en los artículos 87 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En el caso RADIO CARACAS TV, de nuevo la Sala expone el concepto relativo a la calidad de vida y su afectación en perjuicio de los ciudadanos, sin embargo asoma la lesión a los derechos constitucionales cuando se refiere a los derechos a la expresión e información , lo cual toma en cuenta a los efectos de declarar las medidas correspondientes:

> legitimados para intentar la presente acción tanto en defensa de sus derechos e intereses, así como de los de la sociedad

venezolana, ya que no solo ellos, sino el pueblo en general verá afectada su calidad de vida, ante el eventual cierre de Radio Caracas Televisión, "(…) el cual limitará en forma grave e ilegítima el ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión e información de la ciudadanía, al privarla de una de las opciones televisivas que tienen los venezolanos para recibir la programación de opinión, recreación e información de su preferencia".
Que dichos derechos *"(…) comportan la posibilidad para toda la* ciudadanía de contar con los medios adecuados para expresar libremente sus pensamientos, así como también la posibilidad de acceder, buscar y recibir mensajes por los medios que ellos libremente elijan, en forma libre y plural, es decir, sin imposición de ningún tipo y teniendo la posibilidad de contar con múltiples opciones (…)".

Que es evidente que con las constantes amenazas del Presidente de la República y del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, se verán vulnerados los referidos derechos constitucionales "(…) ya que no solo nosotros los accionantes, sino toda la colectividad a la que representamos, nos veremos privados de la posibilidad de disfrutar de un canal de televisión del que todo el pueblo ha disfrutado desde hace 53 años en forma ininterrumpida, y que cuenta con la más variada programación tendiente a satisfacer las exigencias del pueblo venezolano".

La inminencia de la violación de los derechos constitucionales denunciados por las amenazas constantes y reiteradas de cierre de Radio Caracas, las cuales se materializarían el día 27 de mayo de 2007, solicitamos se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual se le permita a dicho canal continuar con la transmisión de su programación mientras dure la tramitación del presente procedimiento (…)".

la Sala se declaró competente para conocer de la acción incoada.

Es así como se perfila la Jurisprudencia, llena de matices, de luces y de sombras y sin embargo proyectada hacia una tentativa definición y protección de los intereses colectivos y difusos. Obviamente, sin mecanismos procesales claramente definidos busca compensar su falta estableciéndolos por vía distinta a la legislativa para atender a las situaciones que requieren tutela efectiva y no admiten dilación. Sin embargo, considerando ésta situación, creemos que es menester prever las regulaciones procedimentales por vía legal, ajustando y reformando las normativas vigentes que han resultado obsoletas y entre las cuales se encuentran principalmente la Ley Orgánica de Amparo. Igualmente, se requiere para ser coherentes con la normativa constitucional desarrollar lo concerniente a la protección de los intereses colectivos y difusos a través de precisos mecanismos procesales que garanticen un verdadero acceso a la Justicia, así como la tutela efectiva de los derechos ciudadanos.

CAPITULO VII
LA LEGITIMACIÓN DE GRUPOS EN EL DERECHO COMPARADO

B. LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES EN LA DOCTRINA ITALIANA.

1. La Conceptualización de los Intereses colectivos y difusos

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.

Lo que si se deriva claramente de las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, es la conveniencia de establecer varias clases de intereses. Goza de un amplio reconocimiento doctrinal la distinción entre *intereses colectivos* y difusos y, siempre que se acredite su existencia social

efectiva, es indiferente su grado de organización. Así lo destacan algunas resoluciones judiciales como la Sent. del T.A.R. Sicilia sez. Catania 28 sept. 1981, n. 459 (Gutiérrez, op. cit., 197).

En la realidad normativa italiana, no puede negarse el reconocimiento positivo de este tipo de intereses desde la Constitución de 1948. Sin embargo, éste se reduce a una protección normativa por lo que no se da respuesta a la realidad actual del proceso, como un verdadero fenómeno de masas en el que surgen los intereses difusos, como una novedad. Así tenemos que las características de este tipo de intereses se encuentra dirigido al reconocimiento de los grupos:

a. *Carácter social:* en base al cual resulta fundamental el aspecto subjetivo, hasta el punto que un interés colectivo existe sólo si tiene un sujeto u organismo exponencial que lo haga valer. Así se explica la relación existente entre este tipo de intereses y la participación popular en la Administración de Justicia, como exigencia del Estado democrático. Consciente de esta importancia; Gianini alude al ente exponencial (Vigoritti, op. Cit., 95).
b. *Solidaridad entre sus miembros:* pues satisface una necesidad correlativa de una pluralidad, más o menos amplia y determinable, de individuos a través del comportamiento de uno o algunos de ellos.
c. *Independencia:* en cuanto que cada uno de los miembros del grupo puede satisfacer la necesidad, mediante el ejercicio colectivo del interés, sin que dependa del concurso de los demás miembros, ni exista una situación de cotitularidad. Esta característica impide que pueda servir como solución a la tutela procesal de los intereses colectivos la tradicional figura del litisconsorcio.

Stagnan (op. Cit., 198) nos indica que los intereses difusos o colectivos no constituyen en el Derecho italiano una realidad homogénea y definida y que ello se debe, en parte, a la diversidad de supuestos que se pretenden reconducir a esta figura, y que van desde la impugnación de acuerdos contrarios a la ley o al acto constitutivo de las juntas de Sociedades por acciones (art. 2377 c.c), comportamientos antisindicales (arts. 16 y 28 del Statuto dei lavoratori), actos de concurrencia desleal (art. 2601 c.c.), medio ambiente, consumo o incluso la tutela de la salud, que se duda si estructurar en torno a un derecho subjetivo individual o si valorar la tutela colectiva o asociacional propia del interés colectivo.

Tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo pueden ser objeto de tutela jurídica en el ordenamiento italiano, pero en términos de tutela individual como afirma Angeloni (1982, citado por Stagnan Op. Cit., 199). Basta, con ampliar la noción del interés legítimo ya que si un interés difuso existe cuando está reconocido por el ordenamiento, en todo caso deberá tratarse de un interés legítimo. Es preciso reconocer el importante esfuerzo que ha realizado la jurisprudencia italiana en esta dirección, en unos casos para reconducir el interés difuso hacia el interés legítimo con la consiguiente tutela contencioso administrativa, y en otros supuestos asimilándolo al derecho subjetivo en el ámbito civil o penal. Pero no basta para alcanzar su tutela colectiva. (Ibíd., 200).

Quizá la vía para lograr la individualización del interés difuso o colectivo, es partir de las características típicas de la legislación italiana en cuanto al concepto de legitimación se requiere, fijándose en la relación entre el bien protegido y el individuo, o en el reconocimiento normativo que haya podido alcanzar. No en vano, si la ley crea o reconoce un ente exponencial, el

interés sigue siendo colectivo pero jurídicamente queda determinado, bien como interés, bien como derecho subjetivo.

Es así que la Ley italiana reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre como individuo, en las formaciones sociales en donde se desenvuelve su personalidad.

El art. 2 del Código italiano reconoce las colectividades difusas, como medio adecuado para obtener la protección de los intereses colectivos. En esta concepción ve en los grupos intermedios un medio que pone límites a la intervención estatal, promoviendo el respeto del principio de la demanda frente a cualquier usurpación de poder; público o privado (La China, 1985, citado por Stagnan, Op. Cit., 200).

Los grupos extraestatales, surgidos de forma espontánea y que operan fuera de la organización formal del Estado permiten no sólo destacar la distinción entre intereses colectivos e intereses públicos, sino además, que se alcance la adecuada tutela de las minorías, o incluso de las mayorías difusas, frente a los grandes grupos de intereses organizados.

El art. 3.2 del Código Italiano establece otras formas de tutela:

> Es Obligación de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

El anterior artículo en concordancia con el art. 2 del C. ital., permite defender la ampliación de la legitimación a favor de los grupos, al igual que el artículo 24.1 C. ital. afirma: “Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos y legítimos intereses”, no excluye el interés difuso, ya que el individuo no deja de tener derecho a la tutela aunque el interés sea además propio de otros sujetos. También habría que destacar el reconocimiento explícito de intereses colectivos, como el paisaje (art. 9.2 C. ital.) y la salud (art. 32.1 C. ital.).

2. La Legitimazione per Categoria

En la doctrina Italiana se han propuesto tres modelos distintos para asumir la tutela de intereses colectivos: reconocer legitimación a los individuos, emitir únicamente la iniciativa del poder público o, por último un sistema pluralista que conjugue aspectos de los dos anteriores.

Aunque la intervención del poder público ha encontrado acogida en algunas sentencias de la *Corte dei Conti* al erigirse en juez natural de los intereses difusos en todos los supuestos de <<danno erariale>>, al suponer la lesión de intereses más generales que los individuales, de naturaleza eminentemente pública, que interesan a la categoría de los ciudadanos (Sent. 22 enero 1982, n. 10; Sent. sez. I, 18 septiembre 1980, n. 86 y sez. I, 8 octubre 1979, n. 61), éste modelo resulta insuficiente en cuanto que pretende reducir esta tutela a la reparación de un daño público.

Algunos autores como Ruffolo (1984, citado por Stagnan 202), consideran necesaria la complementariedad entre la tutela colectiva y la individual, adoptando un modelo ni privatista que permita que cualquiera pueda instar los derechos e intereses de otro individuo, ni publicista que descanse únicamente en la intervención del Ministerio Público, lo que se ha demostrado especialmente inadecuado para la tutela de los intereses colectivos, tanto por la falta de especialización como de sensibilidad hacia estas cuestiones, sin que con ello queden despejados todos los interrogantes que plantea la legitimación en estos supuestos.

En primer lugar; si por definición el interés colectivo se predica de una pluralidad de individuos, ¿hay que reconocer la legitimación a todos, a uno o al grupo?. Esta última solución de considerar que la legitimación se extiende al grupo como entidad unitaria parece ser la tendencia mayoritaria. Caianello (1988, 161), afirma que el carácter social de estos intereses justifica eventualmente que pueda actuar en juicio, prescindiéndose de la reglas de legitimación.

Con respecto a la representatividad adecuada del interés colectivo, la jurisprudencia italiana ha perfilado una serie de criterios que ayudan a valorar la legitimación de un sujeto colectivo:

- La localización territorial

Este criterio, relacionado con la conexión objetiva del interés, puede hacer que sean privilegiadas las asociaciones locales frente a otras asociaciones de carácter nacional. Sería negativo excluir a estas últimas pero resulta plausible otorgar tutela procesal a aquéllas. Ello ha permitido, por ejemplo, reconocer la legitimación a un <<Centro de las mujeres contra la violencia>>

localizado en una región, en la sentencia de la Corte di Assise de Campobasso, de 13 junio 1989.

- La adecuación con los fines estatuarios

En la mayor parte de los supuestos seguidos ante los tribunales italianos, se trata de sujetos colectivos organizados y, por tanto, con estatutos u otras cláusulas de fundación. Ha sido esta una orientación de las sentencias en primera instancia, sobre todo en el proceso penal, al considerar que si entre dichos fines se acoge el bien jurídico lesionado por el delito, existe un daño aunque sea moral debido a que se lesiona el prestigio del ente en la consecución de su finalidad.

No obstante, este criterio resulta insuficiente pues requiere una lesión propia y esto puede ser difícil de determinar cuando están en juego intereses colectivos en sentido estricto, es decir indivisibles entre los miembros del grupo. Cuestión distinta sería que la asociación, en vez de de ser un miembro más del grupo, fuese en si misma la formación exponente del interés colectivo, pero en tal caso no estaríamos ya ante un supuesto del interés difuso, sino simplemente de una lesión del interés institucional, plenamente protegido en los ordenamientos jurídicos actuales.

- *Efectiva representatividad y exponencialidad.*

En realidad nada nuevo añade este criterio salvo un deseable control judicial. Lo relevante no es la representación en sentido técnico, sino la representatividad de un sujeto que se califica como portador del interés colectivo o difuso.

- La institucionalización y publicación del interés

Esta simbiosis entre el interés colectivo y los intereses generales es positiva pero siempre que no se emplee como limitación de la actuación de las formaciones sociales.

Denti define la "**legittimazione per categoría"**, como la legitimación que se refiere conjuntamente a una serie indefinida de sujetos, titulares de una situación que necesariamente viene tutelada en su subjetividad plural. Se trata de comprobar qué sujetos están legitimados, o realmente autorizados por las normas procesales.

Los intereses colectivos originan manifestaciones diversas de la legitimación. La más amplia es la acción popular cuya legitimación es <<*uti cives* >> y no <<*uti singuli* >>, pero como tiene que estar permitida por la ley, no concurriendo este requisito previo, es preciso recurrir a otras vías, como puede ser la legitimación de los grupos. Surge así, en la doctrina italiana, la referencia a la legitimación de las asociaciones de categoría, la cual no es una representación ni siquiera es legitimación extraordinaria; simplemente es un fenómeno de legitimación ordinaria <<*sui generis* >>.

No es representación porque el representante actúa en nombre de otro para la tutela de un derecho que no le pertenece; en cambio, los entes colectivos actúan en nombre propio y por un interés propio aunque ejercen un interés que se refiere también a otros sujetos. La segunda, porque es parte el representado y no el representante, mientras que en el interés colectivo, quien lo actúa en el proceso es parte. La tercera y última es que no puede hablarse de representación voluntaria, porque todos los legitimados actúan en defensa de un interés sustancial que les es propio, y por la evidente

dificultad de individualizar una manifestación de voluntad de todos los titulares de los intereses correlativos para deducir el conferimiento del poder de estar en juicio y legitimación procesa (Stagnan, op. Cit.,207).

d. Las asociaciones sindicales

La Corte di Cassazione, ha negado la admisión de su legitimación en algunos casos. Así lo ha hecho en la sentencia de 3 de noviembre 1983, n. 6480, al exigir una lesión de posiciones subjetivas propias del sindicato y restringir la posibilidad de que defienda intereses globales de los trabajadores.

Las actividades que puedan realizar las asociaciones sindicales italianas con trascendencia procesal son diversas, entre ellas podemos mencionar el monopolio de la acción para la represión de la conducta antisindical; monopolio que las asociaciones sindicales nacionales ejercen por medio de sus organismos locales. En las organizaciones sindicales mayoritarias pueden formar parte de las comisiones provinciales de conciliación. Además pueden informar o realizar observaciones en el proceso y estar legitimadas para los intentos de conciliación, la adopción de cláusulas compromisorias en contratos y acuerdos colectivos de trabajo, recurrir al juez por insuficiencia de pruebas, y en la lucha contra la discriminación en la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

b. Las organizaciones de inquilinos o de propietarios

El juez puede disponer de oficio en cualquier momento del proceso, que se requiera informaciones, escritas o orales, a las asociaciones de categoría indicada por las partes. Esto ha sido establecido en la ley de 27 julio 1978 y se reconoce en el art. 47.

c. Las asociaciones profesionales agrarias.

Para los sindicalistas, debido al reenvío que al proceso de los conflictos jurídicos laborales realiza el art. 47 de la ley 3 mayo 1982, n. 203. Además se exige la participación necesaria de los representantes de la categoría en los intentos preventivos de conciliación, previa a la acción judicial (art. 46 de la misma ley).

En materia de consumo la ley 7 agosto 1986, n. 462, admite que las asociaciones de productores, las asociaciones de consumidores y otras asociaciones interesadas puedan constituirse como parte civil. Las mayores posibilidades de ejercicio de intereses difusos en Italia han surgido con la ley 8 de julio 1986, n. 349, por la que se instituye el Ministerio del Ambiente y se establecen normas en materia de protección medioambiental.

¿Hasta qué punto la legitimación colectiva exige que concurra una persona jurídica?. El hecho de que los autores italianos se refieran a los grupos organizados no indica necesariamente que tengan personalidad jurídica. La legitimación de entes sin personalidad jurídica es plenamente admisible para la defensa de intereses, ya que estos no exigen dicha personalidad.

En este sentido Grasso (1967, citado por Stagnan, Op. Cit., 209) define el grupo organizado como una pluralidad de personas determinadas o determinables, que presenta una forma de organización incluso la más simple.

Una vez reconocidos los intereses colectivos, el reconocimiento judicial se centra sobre la representatividad del grupo y es aquí donde la tendencia continúa siendo restrictiva. Así se niega la legitimación de las asociaciones de hecho para la tutela de los consumidores, por no existir mandato explícito de los miembros a favor de los administradores de la asociación (sent. Cass. 3 diciembre 1953, n. 3632).

En la actualidad, es preciso conjugar varios aspectos. Por un lado, en el art. 75 c. p. c ., al regular la capacidad procesal, se hace referencia a los grupos. Así en el párrafo 4º se afirma que las asociaciones y los comités que no son personas jurídicas, comparecerán en el juicio por medio de las personas indicadas en los arts. 36 y siguientes del Codice civile, es decir, quienes aparezcan como presidentes o directivos según los acuerdos de los asociados. Con esta breve normativa se soluciona la capacidad procesal pero sigue sin darse, una respuesta clara a la cuestión de la legitimación procesal de los grupos. Y en consecuencia, la jurisprudencia sigue sin considerar a la sociedad de hecho como un sujeto diverso de las personas de los socios, como señala la sent. Cass. 7 noviembre 1987, n. 8246.

La Jurisprudencia italiana ha admitido la subjetividad atenuada como portadora de un interés difuso o colectivo, pero siempre que lo señalen las disposiciones legales (Sent. T.A.R. Piemonte sez. I, 26 octubre 1984, n. 314) o, tratándose de una sociedad en nombre colectivo (regular), aunque no está provista de la personalidad jurídica constituye un sujeto autónomo de

derecho que puede ser centro de imputación de situaciones negóciales o procesales distintas respecto a las posiciones de los socios (Cass. Sez. I 24 julio 1989, n.3498). Fuera de estos casos no es posible como lo señala el Trib. de Palermo, negando la legitimación de la “Lega contro la droga” y el “Comitato unitario regionale delle donne per la lotta allá mafia” (Sent. 3 diciembre 1982).

La Corte de Cassazione, en sentencia Sez. I, 24 julio 1989, n. 3498, ha indicado que la tradicional contraposición entre persona física y jurídica debe sustituirse por la distinción entre persona física, persona jurídica y sujetos colectivos o grupos organizados no personificados. Claro exponente de esta nueva orientación son las asociaciones sindicales <<di fatto>>, que reúnen la titularidad <<iure propio>> de posiciones subjetivas en base a la directa preceptividad de los arts. 39 y 40 de la Constitución. También el art. 24 de la Constitución italiana reconoce la accionabilidad como parte de las asociaciones sindicales de hecho, respecto de todos los derechos subjetivos de los que la ley sustancial (Constitución o leyes ordinarias) les reconoce titulares, siempre sin perjuicio de la necesidad de ser individualizadas por el juez y de otras posibles formas típicas de tutela.

3. Principales problemas procesales que se plantean

Existen planteamientos comunes sobre los problemas que se derivan del proceso tales como:

a. *Publicidad del acto introductorio del juicio, l*a cual es necesario garantizar para la participación en el proceso a todos aquellos que puedan ostentar el interés. Sin embargo, en los casos de grupos con numerosos miembros a veces sin determinar, resultaría inviable la vía de la notificación personal, por lo cual se plantea como posible solución, la de acudir a la notificación por edictos (<<*pubblici proclami*>> previstas en el art. 150 c.p.c.);

b. La p*roposición de prueba,* pues no sólo las partes deben proponer las pruebas sin que exista una intervención, aunque sea facultativa, del Ministerio Público. En este caso se hace necesario establecer cierto control sobre la proposición y práctica de la prueba por parte de los gestores del grupo;

d. Extinción del proceso, en la que, pueden resultar especialmente problemáticos supuestos como la transacción o renuncia, tomando en cuenta que no se encuentra definido hasta qué punto el gestor del grupo está legitimado para disponer del objeto de la pretensión. Se plantea la falta de legitimación del gestor lo que debe dilucidarse en la sentencia o que se trate simplemente de una asociación no exponencial del interés. Una posible solución sería la intervención facultativa del Ministerio Público y exigir la previa autorización del juez en los supuestos de terminación anormal del proceso.

e. Contenido declarativo de la sentencia. En el Derecho italiano, en base a los arts. 24 C. ital. Y 700 c.p.c., una vez declarada la violación del interés colectivo, el juez dicta una sentencia inhibitoria para que el demandado se abstenga de determinado actuar, pudiéndose recurrir a ciertas medidas coercitivas. Por lo que existen diversos caminos entre los que se encuentra asumir expresamente la figura de la sentencia inhibitoria, o admitir

paralelamente, recursos y medidas coercitivas determinadas genéricamente con base a lo establecido en la ley, o bien, por último, tipificando el contenido de la resolución y las especies de medidas coercitivas.

f. Límites subjetivos de eficacia de la sentencia. Entre los factores a tener en cuenta están el principio de economía procesal que se contrapone a la multiplicación innecesaria de procesos, la tutela del demandado por un grupo, para evitar que se le dirijan numerosos procesos, simultánea o sucesivamente, sobre la misma demanda, las exigencias del derecho a la defensa de los sujetos extraños al proceso y, por último, el art. 102 c.p.c., que requiere la presencia en el juicio de todos los sujetos frente a los que la sentencia deba producir efectos.

Se propone como posible solución a este problema el extender el criterio del art. 1306 del c.c. italiano, en sede de obligaciones indivisibles, y afirmar la aplicación de la sentencia para los miembros ausentes del proceso sólo si es favorable. Aunque el resultado es positivo pues se alcanza la eficacia de la sentencia "*secundum eventum litis*." (Stagnan op. Cit. 214).

Lo que sí se ha planteado en la doctrina italiana es si existe lesión al derecho a la defensa de los sujetos que no han actuado como partes en el caso de la extensión de los efectos de la sentencia. Lo cual si queda evidenciado como violación constitucional en el proceso penal, quedando esta duda respecto al proceso civil.

Esta eficacia de la sentencia en el proceso civil no lesiona el art. 24. 2 C. ital., ya que es posible utilizar medios para asegurar el derecho de defensa del tercero. Y además, tiene plasmación en el C.c. ital. Tanto en el mencionado

art. 1306 como en la impugnación de las deliberaciones de la asamblea en las asociaciones según el art. 2377.

4. La adopción de soluciones particulares para cada ámbito procesal

a. Proceso civil

El proceso civil italiano, al igual que el resto de los ordenamientos europeos, se basa en la tutela resarcitoria de los derechos subjetivos, mientras que la tutela de los intereses colectivos requiere de una nueva perspectiva, más preventiva que resarcitoria, en definitiva, menos patrimonialista.

En materia de consumo, los intereses difusos pueden ser tutelados a través de la legitimación de grupos, asociaciones y organizaciones para la defensa de los consumidores No se llega a otorgar la tutela de estos intereses a las organizaciones espontáneas de consumidores y, en todo caso, se reconducen a la lesión de un derecho subjetivo.

b. Proceso contencioso administrativo

En la doctrina italiana tradicionalmente se ha admitido la figura del interés legítimo, sin embargo se ha dudado si debía defenderse la ampliación de la

noción de interés legítimo o establecer un <<*tertium genus*>> entre éste y el derecho subjetivo, con lo que el interés colectivo funcionalmente sería un mero interés legitimador. La cuestión no carece de trascendencia ya que también en este tipo de procesos se excluye la acción popular y se exige por la jurisprudencia una relación entre la esfera subjetiva y el interés o derecho hecho valer.

En cuanto a la noción de interés legítimo, se trata de un interés jurisdiccionalmente tutelable lo que lleva a concretarlo en el interés del vencedor (1978, Romano, citado por Stagnan 223).

Compartimos la opinión de Stagnan en cuanto a que es preferible afirmar que todo interés tutelado por el ordenamiento es legítimo, ya que lo que el proceso solo dirime las distintas posiciones subjetivas, sean derechos o intereses, pero ello no quiere decir que el interés del <<*vencido*>> no sea legítimo. Por lo a juicio del autor también en este ámbito procesal es preciso reconducir el interés colectivo al interés legítimo, pues el propio concepto de este último permite sin mayores problemas esta interpretación (op. Cit. 222).

La doctrina señala, en este mismo sentido, que la referencia a los intereses legítimos en el art. 24 C. ital. Puede entenderse que constituye una situación subjetiva de carácter sustancial, o como afirmación de que la jurisdicción administrativa tiene por función su tutela, o incluso, como limitación de la jurisdicción administrativa a la tutela sólo de ellos. Al ser el precepto constitucional una norma de garantía debe entenderse que impone un mínimo pero no un máximo de protección, por lo que la última posibilidad debe ser rechazada. Lo importante de las situaciones jurídicas subjetivas, es que se encuentren reconocidas por el propio ordenamiento, por lo que son tuteladas por éste.

Las afirmaciones anteriores en torno al proceso civil, conservan su validez en el ámbito contencioso-administrativo, ya que si bien la situación de quienes ostentan un interés colectivo, es diversa de otras propias del derecho privado, como la de los condóminos o los socios disidentes que impugnan un acuerdo social, no hay que olvidar, que existe un proceso de ósmosis entre el proceso civil y el contencioso administrativo.

B. LOS INTERESES COLECTIVOS EN LA DOCTRINA FRANCESA

La doctrina francesa destaca la necesidad de introducir los intereses colectivos dentro del derecho procesal, por lo que para ello se parte de la acción como poder reconocido a los particulares de dirigirse a la Justicia a fin de obtener el respeto de sus derechos y de sus intereses legítimos (Guinchard, 1991, 34).

Resulta pacífica la opinión de los autores al determinar cuáles son las condiciones de la acción. Así se señalan cuatro: alegar un derecho, tener interés, legitimación (qualité), y capacidad, las dos primeras relativas a la existencia de la acción y las últimas a su ejercicio. Tanto la jurisprudencia como la doctrina francesas requieren que el interés sea legítimo, existente y actual, personal y directo.

En consecuencia se requiere que el ente exponencial sea “personne morale” el interés del demandante debe necesariamente ser directo y tender a la realización de un derecho de prerrogativa personal o subjetiva, salvo que la

ley atribuya expresamente a una o más personas físicas o jurídicas determinadas el derecho de accionar para realizar una pretensión sobre un interés general o colectivo o para asegurar el respeto objetivo de la ley. De esta manera, se dificulta la tutela de este tipo de intereses a través del grupo o incluso del individuo.

Por otra parte, en el Derecho francés no se distingue con claridad entre el interés colectivo y el interés general, con la grave consecuencia de que la infracción a este último únicamente legitima al Ministerio Público para la obtención de la tutela procesal.

En cuanto al otro tipo de la acción, la “qualité “o legitimación, posee una estrecha relación con el problema del interés, pues a través de ella se justifica la habitual exigencia de que el interés sea personal y directo. Es por ello que, como ya dijimos, el interés en accionar (elemento objetivo de la acción) debe ser legítimo, existente y actual; la exigencia de la doctrina francesa de que sea personal y directo no hace referencia, en cambio, el contenido del interés sino a su relación con el sujeto de la acción, por lo que coincide con la legitimación.

Por regla general basta el interés para justificar la legitimación, aunque en ocasiones ésta adquiere particular autonomía, ya sea porque se encuentra limitada la acción sólo a aquelllos que están legitimados (acctions attritrées), o bien porque se ha reconocido a una persona para que ejercite, a título personal, los derechos y acciones de otro. Por consiguiente, la legitimación, tanto del grupo como del gestor del mismo, está fuera de la regla general, lo que justifica hacer una referencia específica a la legitimación colectiva.

4. La Qualite des Groupements.

a. Al Ministerio Público: si bien, al igual que en otros países, se insiste en que resulta insuficiente. Como dice Boy (1979, 520), el monopolio de la acción del <<Parquet>>, aunque justifica frente a incriminaciones precisas y en un sistema que garantice seriamente la independencia de este órgano, pierde su justificación cuando el elemento legal de la infracción se diluye y cuando queda sometido al Ministerio de Justicia (<<Garde des Sceaux>>), personaje eminentemente político.

b. A los particulares: así, cuando se trata de los intereses de un grupo organizado y se admite que una persona pueda ejercer una acción social <<uti singuli>>, por ejemplo, en materia de sociedades. O también en el caso de otros grupos más o menos informales, como los acreedores en los procesos colectivos de liquidación (art. 46.1 de la ley 25 de enero 1985), o los accionistas de una sociedad anónima que pueden conferir mandato a alguno o algunos de entre ellos para exigir responsabilidad en su nombre frente a los administradores (D. nº 67-236, 23 de marzo 1967, redactado según D. nº 88-56, 19 de enero 1988).

c. A las agrupaciones: por lo general, se exige la personalidad jurídica para que el grupo pueda accionar. Sobre la posibilidad de reconocer la legitimación a entes sin personalidad la jurisprudencia es contradictoria; así por ejemplo, a favor de la legitimación de una tribu de melanesia se pronuncia el tribunal

de Paris, sent. 20 diciembre 1976 y en contra el de Nouméa, sent. 9 abril 1987, también resulta contraria en el caso de una sociedad de amigos, por no tener estatuto, ni sede social ni haber hecho ninguna declaración como tal asociación como lo expresa la Cour de cassation, sent. Civ. 2ª, marzo 1989 (Stagnan, op. Cit. 236).

Es necesario decidirse por una adecuada coordinación de los distintos sistemas buscando un equilibrio entre la esfera de los particulares y de los grupos y la de los poderes públicos.

1) Grupos de naturaleza profesional:

a) Sindicatos

b) Los órdenes profesionales ("ordres professionnels"): cuya legitimación depende de la existencia de una disposición legal expresa. Así se admite, por ejemplo, la legitimación del colectivo de médicos para perseguir el intrusismo profesional en base al art. L. 375 del código de la salud Pública en sent. Cass., crim., 7 julio 1962.

2) Grupos de naturaleza no profesional:

a) Asociaciones sin ánimo de lucro: sin perjuicio de su estudio posterior, podemos decir que la jurisprudencia ha sido bastante reacia a su admisión. Una vez más, se constata que sólo los grupos organizados que

gozan de una misión legalmente particularizada pueden ejercitar la acción procesal.

b) Personas jurídicas de Derecho Público: la Cour de Cassation ha negado su posible intervención procesal so pretexto de que al confundir su interés con el de interés público, habría que concluir que ya se encuentra tutelado suficientemente por el Ministerio Público (Sent. 26 febrero 1958, 14 junio 1961) y ello con independencia de que pertenezcan a la estructura estatal, departamental o municipal. No obstante, existen algunas excepciones a esto en sectores específicos; este es el caso del atr. 2.7 del Code de procédure pénale (introducido por la ley 22 julio 1987) que autoriza a las colectividades públicas para constituirse como parte en los procesos por incendios voluntarios de bosques, a fin de obtener el reembolso de los gastos de extinción del fuego.

Las agrupaciones de interés público o “groupements d’ intérêt public” (GIP) tienen protagonismo en la defensa, dentro y fuera del proceso, de intereses colectivos. Estos entes surgen con la ley nº 82-610, 15 julio 1982, de orientación y programación para la búsqueda y desarrollo tecnológico de Francia, habiéndose extendido en disposiciones posteriores a otros ámbitos de indudable proyección sobre intereses colectivos, por ejemplo, en la formación y orientación profesional (ley 17 julio 1992), o en la cooperación internacional no gubernamental (ley 27 enero 1993).

2. La Protección Jurisdiccional de los Intereses Colectivos en el Derecho Francés.

a. Sindicatos

1) En caso de infracción penal

La Cour de Cassation, reunidas todas las salas, se declaró a favor de la admisión de la acción sindical en base a dos razones: la primera, que la intervención del sindicato no tiene por objeto la satisfacción de intereses individuales de algunos de sus miembros sino la protección del interés colectivo de la profesión, considerada en su conjunto y representada por el sindicato y la segunda, que la naturaleza del perjuicio afecta directamente a los intereses económicos comerciales, o agrícolas cuya defensa es misión legal de los sindicatos profesionales (Sent. 5 abril 1913).

Actualmente se exige como requisitos para la legitimación del sindicato: el primero que el sindicato actúe en defensa de la profesión que haya sido perjudicada por la infracción. No importa que no sea el único representante de la profesión o que sus miembros sólo representen una pequeña parte del conjunto de la misma, sin embargo, la exigencia de un interés profesional implica el rechazo de grupos sin personalidad jurídica, ya que al no haber sido declarados, no cumplen con la misma. El segundo requisito, es que el sindicato tiene que invocar un perjuicio directo o indirecto al interés colectivo de la profesión, ya sea como daño material o moral.

Así se dice que el interés colectivo es distinto que el interés individual, por lo que, en caso de existir un perjuicio individual, sólo la persona física puede actuar. Por otro lado, también se señala que el interés colectivo es diferente del interés general o social y, en caso de perjuicios generales, sólo se reconoce la legitimación al Ministerio Público. No obstante, la jurisprudencia no ha sido excesivamente rigurosa a este respecto y se admite la legitimación, por ejemplo, en caso de homicidio o lesiones por imprudencia (art. 319-320 Code Penal) causadas por la violación de una norma de seguridad o higiene en el trabajo (Crim. 26 octubre 1967).

3) En caso de que no exista infracción penal

La jurisprudencia francesa ha sido más favorable a la legitimación del sindicato en los procesos no penales incluso antes de que existieran textos positivos al respecto. En materia de competencia desleal (Paris, 20 noviembre 1989) o publicidad engañosa (TGI. Paris, 16 junio 1987) no presenta problemas su legitimación.

En todos estos casos, el sindicato actúa a título principal -pese a que la acción es individual- y demanda directamente al empresario ante el <<*Consiel de prud'hommes*>>, sin necesidad de probar que le ha sido conferido el mandato del interesado, a quién se reconoce además, la posibilidad de oponerse durante un cierto plazo (D. nº 91-415, 26 abril 1991, que regula la aplicación de los arts. L. 122-3-16, L. 125-3-1 y L. 124-20 del Code du travail) todo ello sin perjuicio, de que el sindicato pueda intervenir en la instancia a solicitud del trabajador.

b. Asociaciones

3) En caso de infracción penal

Se admite la legitimación colectiva, bien sea con la inclusión del interés colectivo entre las finalidades de la asociación o por medio de una expresa habilitación legal.

A este respecto, hay que destacar que los supuestos de *habilitación* han ido en aumento y así pueden citarse, a modo de ejemplo, las asociaciones de lucha contra el proxenetismo (L. 75-229, 9 abril 1975); asociaciones que persiguen crímenes de guerra (L. 83-466, 10 junio 1983); asociaciones de protección de la naturaleza y del medio ambiente (L. 88-1261, 30 diciembre 1988); asociaciones para el estudio y protección del patrimonio arqueológico (L. 89-900, 18 diciembre 1989), asociaciones de antiguos combatientes y de victimas de guerra ya que tras la ley 17 diciembre 1991 el art. 2-11 c.p.p. las legitima en todo lo relativo a las degradaciones o destrucciones de monumentos o violaciones de sepulturas que les hayan causado un perjuicio directo o indirecto; fuera de los supuestos en que concurre la habilitación positiva, la jurisprudencia se ha mostrado restrictiva y acogido a los términos estrictos de la misma, por ejemplo, exigiendo que sólo las asociaciones urbanísticas de utilidad pública o aquellas cuya constitución haya sido declarada a la administración al menos tres años antes, pueden ejercitar las acciones como perjudicadas en los términos del art. L. 160-1 del Código del urbanismo (Stagnan, op. cit. 242).

Un precedente totalmente negativo lo ha sido la sent. de la Cour de Cassation de 18 octubre 1913, al afirmar que una asociación no puede

ejercer la acción civil más que en caso de *infracción contra el fin que ella defiende*, por no resultar perjudicada directa ni indirectamente y en base a este criterio reserva la acción al ministerio público. Está denegación ha tenido una importante acogida posterior, incluso prolongándose hasta los tiempos actuales y así cabe citar la inadmisión de las asociaciones de familias de víctimas en accidentes circulatorios (Crim., 23 junio 1986), la liga contra la violencia en la carretera (Crim., 12 abril 1988), la asociación para el respeto del sufragio universal (Crim., 6 marzo 1990) o la asociación –federación de defensa del ambiente del Jura (Crim., 26 mayo 1992).

Es sólo con la intervención legislativa que se ha visto una tendencia hacia la apertura. El aumento de asociaciones habilitadas, pone en tela de juicio las resoluciones jurisprudenciales contrarias a esta legitimación colectiva, por lo que se advierte una progresiva evolución de la jurisprudencia hacia una mayor permisividad, lo que ha supuesto el reconocimiento a estos efectos de las ligas antialcohólicas en la sent. Crim 23 junio 1983 y, en especial, de las asociaciones de consumidores.

4) En ausencia de infracción penal.

Debido a su personalidad, no existe especial problema para que la asociación defienda sus intereses propios como cualquier persona. Se admite la acción por interés colectivo, cuando la ley lo autorice expresamente, lo que lo diferencia de lo que acontecía con los sindicatos,

Los requisitos de la acción civil son similares a los señalados en el ámbito penal: En *primer lugar*, debe existir un perjuicio directo y personal, lo que puede plantear cierta confusión con el correlativo perjuicio de sus miembros, hasta el punto de que la sent. de la Cour de cassation de 10 octubre 1978 declaró inadmisible la acción de una asociación de copropietarios de un edificio.

En *segundo lugar*, el objeto de la asociación tiene que tener prevista la defensa de ese interés colectivo. Así sucede con las ligas de defensa de los intereses individuales de sus miembros ya que, como señala la Sent. Cour de cassation, Civ. 1re., 15 mayo 1990 una asociación puede, conforme a su objeto, reclamar judicialmente la reparación de todo perjuicio que afecte a los intereses colectivos de sus miembros.

En conclusión, la legitimación de las asociaciones depende en gran medida de la dificultad para concretar el interés colectivo. En el ámbito penal, hay que diferenciarlo del interés general que legitima al ministerio público; por el contrario, en el derecho privado la distinción hay que lograrla respecto del interés individual. Pero también en este ámbito, existe en la actualidad una tendencia más favorable sobre todo en materia de Derecho del consumo.

El ordenamiento jurídico francés ha alcanzado un progreso mayor en esta materia en el derecho de consumo y, más concretamente, en la legitimación de las asociaciones de consumidores, con una evolución legislativa que fueron marcando por algunas leyes:

a) Ley nº 92-60, 18 enero 1992

Esta ley sobre protección de los consumidores, efectúa una importante reforma de la ley de 1988, al introducir la acción de representación conjunta. En consecuencia se reconoce la acción a las asociaciones autorizadas, pero no sólo para la defensa del interés colectivo de los consumidores, sino también respecto de sus intereses individuales.

Un importante avance de Francia entre los ordenamientos europeos, ha sido la aceptación de los intereses colectivos en sentido estricto e intereses individuales homogéneos. No obstante, el legislador francés sigue exigiendo la aprobación pública y por consiguiente, la personalidad de estos entes, lo cual ha sido criticado por algunos autores, considerando que no se encuentran ante una verdadera acción de grupo sino simplemente ante una acción personal para la tutela de intereses colectivos (Stagnan, op. cit. 249).
En cuanto a que las asociaciones hayan recibido mandato por escrito y por cada consumidor en las condiciones fijadas por el Decreto nº 92-1306, 11 diciembre 1992, no puede justificarse en la seguridad jurídica, máxime cuando en esta materia los interesados pueden ser muy numerosos, lo que impediría alcanzar su tutela por esta vía.

Según el art. 2 del Decreto n. 92-1306, el mandato debe ser escrito y mencionar expresamente su objeto y conferir a la organización nacional de consumidores correspondiente el poder para realizar en nombre del consumidor todos los actos procesales. Junto a este contenido necesario, existe otro facultativo en relación al posible adelanto de los gastos derivados del proceso, renuncia de la acción en caso de que el consumidor retrase el desarrollo del proceso, la representación del mismo en las medidas de instrucción o la posibilidad de que la asociación interponga recursos, salvo el de casación, sin nuevo mandato.

El particular pude revocar su mandato, avisándolo al juez y a la otra parte, continuándose el proceso como si ella lo hubiera iniciado (art. 5 Decreto nº 92-1306). No deja de ser curioso que se aluda expresamente al representado como parte pese a que el ejercicio procesal de la acción corresponde a la asociación y, así se exige que tanto la demanda, apelación o recurso deben contener, so pena de nulidad, la denominación de la asociación nacional "garre" su sede, órgano que le representa legalmente y los nombres y apellidos de los consumidores en cuyo nombre actúa (art. 8 Decreto nº 92-1306). Se origina por ello una multiplicidad de sujetos-partes que se explica desde la perspectiva de la legitimación indirecta.

Por último, otro requisito exigido en estos casos es que los perjuicios, causados por los actos de un mismo profesional, tengan un origen común.

Los aspectos positivos que la reforma de 1992 comportó, según anota Stagnan (op. cit. 249) fueron en *primer lugar*, la ampliación de estas acciones colectivas a todo tipo de procesos, por lo que la representación conjunta por las asociaciones de consumidores incluye tanto la acción de responsabilidad civil, como la acción civil en el proceso penal, sin excluir además que la asociación se constituya como parte civil para defender el interés general. En *segundo lugar*, se otorga un especial protagonismo a estos entes dado su acuerdo al ejercicio de una acción penal se considera que ejerce los derechos de la parte civil en aplicación del código de procedimiento penal francés y las notificaciones que le correspondan se enviarán a la asociación.

También se dispone que, la asociación puede constituirse como parte civil ante el juez de instrucción de la sede social de la empresa o en su defecto, del lugar de la primera infracción, lo que el juez de instrucción debe permitir una activa participación de la asociación desde el inicio del proceso penal, se

evita que surjan criterios contrapuestos a los diversos órganos jurisdiccionales.

D. LOS ÜBERINDIVIDUELLER INTERESSEN EN LA DOCTRINA ALEMANA

En la doctrina alemana en materia de intereses supraindividuales, se resalta el carácter común del interés colectivo, al suponer la homogeneidad de intereses ("*gleichartiges Interesse"*) entre una pluralidad de individuos. Junto a los intereses colectivos también es frecuente encontrar alusiones a los intereses públicos (*öffentlichen Interese)* sin que ello signifique que deban ser tratados como sinónimos. En este contexto, tal como lo señala Thiere (1980, citado por Stagnan, Op. Cit., 253) los intereses públicos interesan al Derecho procesal como institución, mientras que los intereses supraindividuales deben ser considerados respecto al litigio concreto.

Una de las aportaciones más valiosas de los autores alemanes, consiste en distinguir los supuestos de intereses supraindividuales. Así alude a los << *öffentlichen Interese>>,* los intereses de consumo y a los intereses de grupo (Gruppeninteresse).

En los intereses de grupo, al igual que en todo otro interés, concurren tres elementos: sujeto, objeto y relación entre ambos. Destacan en estos intereses el sujeto como parte del grupo, en donde se diferencian de los demás intereses supraindividuales. Sin embargo, debido en partes a la propia realidad del ordenamiento alemán que exige la organización del

grupo, no todos los autores consideran necesario referirse autónomamente a sus intereses.

Stagnan (op. cit., 255) no comparte esta opinión entendiendo que la diferencia entre estas clases de intereses puede establecerse con una atenta consideración de los sujetos involucrados. En primer lugar, *respecto del interés de la asociación,* hay que tener en cuenta que la asociación es un grupo, pero organizado y dotado de personalidad jurídica. Si el legislador alemán ha construido la tutela de los intereses supraindividuales sobre la acción asociativa (Verbandsklage) ello supone simplemente una opción legislativa que no puede ignorar la existencia de grupos, como por ejemplo, las iniciativas ciudadanas ("*Bügerinitiativen*"). En cuanto a estos supuestos, el reconocimiento de su legitimación procesal, es una cuestión de política legislativa o de tiempo.

En segundo lugar, también la distinción puede establecerse respecto del interés individual, teniendo en cuenta los diversos sujetos en torno a los que se concentra el interés. Lo que no impide, que en el supuesto de que existan *intereses individuales homogéneos*, se pueda considerar la coexistencia de un grupo entre los diversos individuos y, correlativamente, un interés de grupo. Parte de la doctrina opina que el interés debe ser homogéneo para todos sus miembros, pero no debe referirse de modo individual, sino que debe ser abstracto respecto del individuo, porque se refiere al grupo.

En Alemania, la tutela de los intereses supraindividuales se alcanza a través de la legitimación de los grupos organizados, concretamente de las asociaciones. El medio para obtener dicha tutela es la llamada acción asociativa o "Verbandsklage", que ha sido definida como la institución que aporta una capacidad de actuación a la asociación, mediante el

aglutinamiento de intereses individuales. No se trata de la afirmación de intereses públicos o generales, sino de intereses de grupo que permanecen individuales (Stagnan, op. cit., 256).

Este aspecto resulta importante, ya que el interés por la actuación del grupo no es general, sino *colectivo*. Sucede pues al igual que el reconocimiento en derecho italiano, o la aprobación del derecho francés, en los cuales las injerencias del poder público en su legitimación, presentan el riesgo de desnaturalizar la tutela de los intereses de grupo. La admisibilidad o no de sus pretensiones es tarea que corresponde exclusiva y excluyentemente a los órganos jurisdiccionales, pero el acceso a la justicia no debe serles denegado “in limine”.

Tampoco puede decirse que el legislador alemán haya sido generoso en la admisión de la “Verbandsklage”. En consecuencia, los grupos organizados, con capacidad para ser parte (personalidad jurídica), pueden accionar en defensa de los derechos de sus miembros sólo si existe una previsión legal (*gesetzliche Prozesstandschaf*), o si les ha sido conferido mandato general o especial por sus miembros (gewillkürte Prozesstandschaft). (Stagnan, op. Cit., 256).

No obstante, la admisión de la “Verbandsklage” suscita una serie de interrogantes al introducirse en el sistema procesal alemán. El primero es el problema de la legitimación activa (Aktivlegitimation), ya que se exige según la jurisprudencia alemana para legitimar a la asociación, que dicho comportamiento pueda entenderse incluido dentro de los objetivos fijados en sus estatutos (Sent. del BGH de 1 marzo 1971).

Stagnan (op. cit., 256) no se muestra de acuerdo con este criterio considerando que si bien el objeto estatuario puede ayudar al juzgador en la tarea de concretar el interés colectivo, no significa que la exponencialidad del ente se restrinja sólo al mismo. Recomienda este autor como una posición más razonable remitirse a los condicionamientos del caso concreto, sopesados adecuadamente por el órgano jurisdiccional.

En otros casos, la legitimación colectiva también se reconoce a favor de las asociaciones pero, en ausencia de habilitación legal, se exige la explícita autorización de sus miembros (BGH, 5 octubre 1955), junto al requisito de que exista un interés particular de la asociación (interés del grupo) para tutelar en el proceso los derechos ajenos.

1. La Protección Jurisdiccional de los "Überindividueller interessen "en el Derecho Alemán.

d. Consideración general de los medios de tutela

En el Derecho Alemán no existe un reconocimiento explícito de las acciones de grupo. Ello no impide que se admitan instituciones con el objetivo de resolver simultáneamente varias reclamaciones individuales, con una incidencia, mayor, o menor, en la defensa de intereses supraindividuales.

Existen en consecuencia medios, que sirven a la defensa de intereses individuales, aunque puedan afectar a varios y sean por ello plurisubjetivos,

así como otros que tutelan intereses colectivos, cuyo ámbito subjetivo está constituido por colectividades más o menos organizadas.

Podemos vislumbrar aquí, una primera tutela de los intereses individuales homogéneos en los derechos europeos, utilizando las instituciones ya existentes, sin perjuicio de que para obviar las limitaciones de éstas y lograr la tutela de los intereses colectivos en sentido estricto, sea preciso avanzar hacia la admisión de otras instituciones.

e. Instituciones tendentes a la defensa de intereses plurisubjetivos

- Subjektive Klagehäufung, que viene a coincidir con lo que nosotros denominamos litisconsorcio y que puede ser necesario o voluntario, según esté o no impuesto por el ordenamiento. Presupone para ser viable que existan pocos miembros y la necesaria previsión legislativa, por lo que es un medio insuficiente para la tutela de intereses supraindividuales.

- La posibilidad de hacer valer los derechos de otros mediante la <<Prozesstandschaft>>. De esta institución procesal, nos interesa destacar que en Alemania la sustitución procesal voluntaria, ha sido introducida a través de la jurisprudencia. Se admite que el titular de la relación jurídica deducida en juicio puede conferir en vía negociar la iniciativa procesal, a un tercero que ostenta un interés propio de otro.

f. Instituciones tendentes a la defensa de intereses colectivos

1) La legitimación de los accionistas en una *Sociedad Anónima* para hacer valer los derechos de la sociedad en su propio nombre, de conformidad con la ley especial (AktG).

2) La acción popular (*Popularklage*), admitida en materia de propiedad industrial (parágrafos 37.1 y 13 de la Ley de Patentes).

3) La acción asociativa o colectiva ("Verbandsklage") que se aplica en relación a la competencia desleal (parágrafo 13 UWG), restricciones de la competencia (parágrafo 35 GWB), rebajas (parágrafo 12 RabattG) o en la regulación de premios (parágrafo 2.1 Zugabe VO).

g. La Tutela de los Intereses de Grupo en la AGBG y UWG.

1) Ley sobre Normas generales de Contratación "Gezetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungungen (AGBG).

La reclamación de la Asociación en base a la AGBG de 9 de Diciembre de 1976, tiene por objetivo liberar el tráfico jurídico de cláusulas objetivamente impropias de la contratación. Existe por tanto, interés general y sólo por vía refleja se protege al cliente, sin perjuicio del carácter privado de la iniciativa procesal.

Es compatible la protección objetiva por vía de reclamación de los interesados, con la opción a favor de la utilización libre de la legitimación procesal por la asociación. Se atribuye a las asociaciones capaces jurídicamente y cuyas finalidades estatutarias contemplen la protección de los consumidores, así como a las asociaciones protectoras de los intereses profesionales, la legitimación para ejercitar la acción inhibitoria y la negatoria. En ambos casos, frente a quien utilice o recomiende en las relaciones de negocios condiciones generales de contratación ineficaces, según los parágrafos 9, 10 y 11 de la misma ley.

Si pensamos que este proceso ha surgido en Alemania para la protección general del tráfico, por lo que es preciso conjugar la iniciativa de las partes con su apreciación de oficio. Se trata en conclusión de un interés general que sólo casuísticamente afectará a pequeñas comunidades, por lo que la legitimación colectiva debe ser completada con la intervención pública (Stagnan, op. cit., 264).

2) Ley de competencia desleal, “Gesetz zur Unlauteren Wettbewerb” (UWG).

De la ley sobre la competencia desleal de 21 julio 1965, prevé la acción inhibitoria a acción contra ciertas prácticas limitativas de la competencia, además de los operadores comerciales directamente lesionados en sus propios derechos, puede proponerse por cualquier sujeto que actué en el mismo o en un análogo sector del comercio, así como por las asociaciones

que defiendan los intereses del comercio y de los intereses de los consumidores.

Para el ejercicio de la acción inhibitoria, se reconoce la legitimación con independencia de que se encuentre amenazado un derecho propio o ajeno. Este amplio reconocimiento se fundamenta en la existencia de un interés colectivo lesionado, esto es, de un perjuicio al grupo y, tiene por finalidad la necesidad de protección jurídica (rechtsschützbedürfnis). Además, abarca los supuestos en que un comportamiento antijurídico afecta a un determinado sujeto y éste no puede alcanzar la tutela de su interés, por ejemplo, por su dependencia económica respecto del infractor.

En el caso del ejercicio de la acción inhibitoria, la asociación debe servir de exponente del interés colectivo para lo cual debe existir la consiguiente previsión estatuaria, ya que más que de una acción de grupo, se trata de una acción asociativa. Las dificultades, de orden real, surgen a la hora de determinar la existencia del perjuicio. Sobre este particular, hay que tener en cuenta varios aspectos:

a) Basta la amenaza de intereses de una mayoría indeterminada o de cualquier protegido, sin que se necesite la prueba de que existe una persona concreta perjudicada. Además de la dificultad propia de esta prueba, así lo exige la defensa de los intereses colectivos en sentido estricto.
b) Aun cuando pertenezcan a la asociación sólo una parte de los miembros del grupo, también queda legitimada aquélla. Esta es la lógica consecuencia de la distinción entre asociación y grupo afectado.
c) No se trata de que la asociación represente a los miembros del grupo. Lo importante es que esté defendido el interés del grupo,

haya sido reconocido por el legislador y figure entre los fines de la asociación. Algunos autores, resaltan la necesidad de que concurra un número suficiente de asociados para reconocer la legitimación de la asociación. Entendemos que, a falta de previsión expresa del legislador; serán los afectados los que acuden libremente a uno u otro medio de tutela procesal, individual o colectiva.

d) Una vez constatado el perjuicio, los efectos de la acción asociativa no extienden su validez, según el parágrafo 325 ZPO (Código Procesal Civil Alemán), al proceso iniciado por los miembros (mitgliedsprozess).

Por último, en cuanto al objeto de la acción inhibitoria del parágrafo 13 UWG, se pueden dar tres hipótesis distintas. La primera, que el demandante y el demandado estén determinados, lo cual no presenta particularidades respecto de una acción de inhibición civil. La segunda es que si no están determinados, entra en juego la legitimación legal a favor de la asociación. Y la tercera, que existiendo un grupo de demandados, sólo uno de ellos actué procesalmente. En este caso también operaría la legitimación prevista por la ley.

Realmente, en los tres supuestos puede existir una tutela de intereses colectivos, pero es en la tercera, donde los intereses de grupo alcanzan una mayor relevancia. Con todo, la hipótesis no deja de ser ciertamente angosta ya que no existe una paralela admisión del grupo como parte actora del proceso.

D. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA
EL SISTEMA DE *ACCIONES DE CLASE (CLASS ACTIONS)*

1. Objetivos

Antonio Gidi (2004, 1) en su estudio de las acciones de clase estadounidenses comienza por enumerar los tres objetivos de las acciones colectivas: proporcionar economía procesal, acceso a la justicia y aplicación voluntaria y autoritativa del derecho material.

a. Economía procesal

El objetivo más inmediato de las acciones colectivas es proporcionar eficiencia y economía procesal, al permitir que una multiplicidad de acciones individuales de la que se solicita su tutela de forma reiterativa en una misma controversia, sea substituida por una única acción colectiva. Las acciones colectivas promueven el ahorro de tiempo y de dinero no sólo para el grupo autor, como también para el Poder Judicial y para el demandado.

b. Acceso a la justicia

El segundo objetivo de las acciones colectivas es asegurar acceso efectivo a la justicia a pretensiones que, de otra forma, difícilmente podrían ser tuteladas por la rama Judicial. Algunos derechos se encuentran al margen de la protección judicial del Estado, como por ejemplo cuando alguien sufre un daño de valor económico reducido. Se trata de cambiar la situación a través de la reunión de grupos muy amplios de personas (centenares o miles de personas) en la misma situación con la finalidad de solucionar toda la controversia colectiva a través de un único proceso y de una única sentencia, que vincule definitivamente a todos los interesados. Por lo tanto, la acción colectiva sitúa ambas partes (el grupo perjudicado y el demandado) en una posición de igualdad. La acción colectiva puede también proporcionar protección a intereses de personas que sean hiposuficientes, que ni siquiera pueden saber que sus derechos fueron violados o que simplemente no cuentan con la iniciativa, la independencia o la organización necesaria para hacerlos valer en juicio. Los beneficiarios potenciales son niños, discapacitados físicos o mentales, personas pobres o de poca instrucción o simplemente ignorantes de los hechos o de sus derechos.

c. Efectividad del derecho material

La tercera finalidad buscada por la tutela colectiva de los derechos es tornar efectivo el derecho material y promover las políticas públicas del Estado. Esto se obtiene de dos formas. La primera se hace a través de la autoridad de la justicia en el caso concreto de un ilícito colectivo, corrigiendo de manera colectiva el ilícito colectivamente causado por el demandado

(*corrective justice*). La segunda se realiza en forma profiláctica, a través del estímulo a la sociedad para el cumplimiento *voluntario* del derecho, a través del desestímulo a la práctica de conductas ilícitas colectivas mediante su efectiva punición (*deterrence*). En posición intermedia, entre compensación y prevención, se encuentra el cumplimiento voluntario, a través de la amenaza de realización *autoritativa*: los acuerdos colectivos.

d. Sobreposición entre los objetivos

Todos esos objetivos están presentes, al menos potencialmente, en toda acción colectiva, existiendo entre ellos una substancial sobreposición. Así, en la medida que las acciones colectivas son un instrumento de economía procesal, realizan el ideal de acceso a la justicia y por consiguiente, de efectivación del derecho material.

5. Concepto

La *class actions* (textualmente acciones de clase), son aquellas acciones judiciales dotadas de un procedimiento específico, por medio de las cuales una o varias personas actúan en el proceso defendiendo sus derechos o intereses y los de todas aquellas personas que se encuentran en una misma o similar situación jurídico-material (Gutiérrez, op. cit 448).

Estas acciones se encuentran reguladas a nivel federal en la *Federal Rules of Civil Procedure* (Normas federales de Procedimiento Civil), concretamente en la *Rule 23* (Regla 23) y en la normativa de varios estados federados de la unión, con algunas variaciones.

La ley procesal estadounidense reconoce legitimación a reclamantes individuales (*class representatives*) para que ejerciten acciones en defensa no sólo de sus propios derechos e intereses patrimoniales, sino, además y de forma simultánea, en defensa de los semejantes derechos e intereses patrimoniales de un número indeterminado de consumidores o usuarios no identificados (*class members*). Si tomamos en cuenta la definición realizada desde los parámetros conceptuales del *civil law*, la *acción de clase* estadounidense constituye un supuesto de desplazamiento de legitimación: la legitimación para defender todos y cada uno de los derechos o intereses individuales de los que cada uno de los miembros del grupo es titular, se desplaza en favor de uno o varios representantes del grupo de afectados, por el simple hecho de que estos últimos inicien una reclamación judicial con vocación de representatividad y a través de la verificación es ciertos requisitos indispensables que debe cumplir la acción judicial entablada por el representante del grupo.

En la *acción de clase* el interés o derecho particular de cada uno de los afectados que es objeto de reclamación no se identifica en la fase declarativa. La *acción de clase* no es la suma en un solo procedimiento de las reclamaciones individuales, perfectamente identificadas, de todos y cada uno de los miembros del grupo de afectados. Así, no cabría calificar propiamente como *acción de clase*, por ejemplo, aquella acción en la que un grupo de personas perfectamente individualizadas en el procedimiento y que fueron víctimas de un accidente ferroviario reclaman, bajo una única

representación procesal, su respectiva indemnización por los daños y perjuicios causados por el accidente. A su vez, sin embargo, la *acción de clase* debe permitir que la sentencia que se dicte no sólo reconozca el derecho o proteja el interés del representante del grupo, sino, además, el de todos y cada uno de los miembros del grupo, aunque estos no estén individualizados en el procedimiento declarativo. Es decir, en las *acciones de clase* la sentencia que se dicte causa efecto de cosa juzgada respecto de todos y cada uno de los derechos o intereses individuales de cada uno de los miembros del grupo.

La finalidad de la *acción de clase* estadounidense es la de facilitar el acceso a la justicia mediante la acumulación en un solo procedimiento, iniciado por una o varias personas representantes de un grupo, de la suma de reclamaciones que, individualmente (es decir, en el ámbito de una acción de reclamación individual), cada uno de los miembros del grupo podría iniciar en relación con un derecho o interés propio. Se trata de evitar que, por la ineficiencia que pueda suponer cada reclamación individual, se dejen de interponer multitud de reclamaciones.

6. Requisitos de la Acción de Clase

Una acción de clase sólo podrá ser conducida en forma colectiva si todos los requisitos previstos en la *Rule 23* estuvieren presentes. Tales requisitos buscan proporcionar un proceso justo, para que los riesgos de injusticia a los miembros ausentes del grupo no se sobrepongan a las ventajas del juzgamiento uniforme de la controversia colectiva (Gidi 2004, 3).

Así, el grupo debe ser tan numeroso que el litisconsorcio de todos sus miembros sea impracticable; deben existir cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo; los pedidos o defensas del representante del grupo deben ser típicos de los pedidos o defensas de los miembros del grupo y los intereses del grupo deben estar adecuadamente representados en juicio. Todos esos requisitos necesitan estar presentes en todos los tipos de *class action*. La ausencia de uno solo de ellos comprometerá su admisibilidad como acción colectiva, aunque la acción pueda proseguir en la forma individual entre autor y demandado.

La parte que solicita tratamiento colectivo de la disputa (que tanto puede ser el representante del grupo como la parte contraria, tanto el autor como el demandado) tiene a su cargo demostrar y convencer al juez que, en un determinado proceso, todos los requisitos exigidos por la *Rule 23* están cumplidos. En caso contrario, la certificación de la acción colectiva será denegada.

Estamos, en definitiva, ante una institución procesal inspirada por el principio/deseo de justicia efectiva. Los requisitos necesarios para que una reclamación judicial de un grupo de personas pueda instrumentarse mediante este tipo de acciones, están recogidos desde 1938 en la *Federal Rule no. 23 of Civil Procedure* tras su configuración inicial por parte de la jurisprudencia estadounidense. Tales requisitos son los siguientes:

a. *Que el Litisconsorcio sea impracticable (Numerosity)*:

Este requisito básico para el ejercicio de estas acciones -se refiere a la imposibilidad o inconveniencia de trabar (lo que para nosotros sería) un litisconsorcio voluntario. El aspecto que es tenido en cuenta es el elevado número de miembros de grupo de modo que es muy difícil reunir a todos los interesados para que comparezcan al Tribunal (Gutiérrez, op. cit., 452).

Destaca la doctrina que impracticable, no quiere decir imposible. En opinión de Stagnan (op. cit., 274) resulta más razonable atender el caso concreto, pues el litisconsorcio puede ser impracticable no sólo por cuestión de número, sino porque una de las partes se niegue a comparecer. Es preciso que el número de miembros sea tal que no permita la reclamación en juicio de manera conjunta y haciéndose presente individualmente cada demandante.

El requisito de la *numerosity* obliga a tomar en consideración cuestiones tales como la mayor o menor dispersión geográfica de los miembros o, incluso, los recursos económicos que, en principio, cabe atribuir al miembro típico de la clase.

Cuando, por ejemplo, el grupo es muy numeroso, el propio sentido común nos dice que ese número demuestra ya la impracticabilidad y la inconveniencia de exigirse el litisconsorcio de todos sus miembros. Cuando el grupo cuenta con pocos miembros, otros factores deben ser analizados para evaluar la impracticabilidad del litisconsorcio, además del número absoluto de miembros. Muchos son los factores que pueden influenciar el magistrado para que acepte una acción colectiva propuesta en tutela de pequeños grupos, de 20 a 40 miembros (*small class*). Ejemplos de esto son

los grupos formados por personas hiposuficientes (como los niños, los portadores de discapacidades físicas, mentales, intelectuales, culturales o financieras) o simplemente ignorantes de los hechos o del derecho. Además, es importante evaluar el reducido valor de las pretensiones individuales de los miembros del grupo, tornando antieconómica la proposición de acciones individuales o incluso la intervención en un proceso individual, ya entablado por otro miembro del grupo (Gidi, op. cit., 4).

b. ***El carácter común del objeto procesal (Commonality) o identidad fáctica.***

Deben existir cuestiones de hecho o de derecho comunes a los distintos miembros del grupo que sean claramente más relevantes que las circunstancias particulares de cada uno de aquéllos. En tal sentido, se entiende que no existe suficiente *commonality* si las circunstancias individuales, aún no siendo tan relevantes como los elementos comunes, resultan suficientes para que la *acción de clase* pierda la eficiencia deseada. En particular, si la necesidad de proponer y practicar prueba sobre ciertas circunstancias personales de cada uno de los miembros del grupo representado obligará en la práctica a descomponer el procedimiento declarativo inicial en innumerables sub-procedimientos, la eficiencia de la *acción de clase* se perdería de forma irremediable (Ferre, 2005,40) ; no obsta a su cumplimiento el que exista alguna individualidad en el conjunto; es decir, no se exige que todas las cuestiones que se sustancien en el proceso sean comunes a todos los miembros del grupo sino que exista un carácter común de alguna o algunas de las cuestiones debatidas (Gutiérrez op. cit.

452). Ello es así pues en la práctica difícilmente encontraríamos intereses colectivos en sentido estricto o individuales con absoluta homogeneidad y sin concurrir con otros derechos o intereses legítimos (Stagnan, op. cit. 274).

c. Que la pretensión sea típica (Typicality).

La reclamación iniciada por el representante del grupo debe ser representativa (típica) de la reclamación que habría iniciado cada uno de los miembros de la clase; es decir, la pretensión puede tener rasgos específicos siempre que se base en la misma conducta antijurídica que el resto de miembros del grupo y en los mismos fundamentos jurídicos.

Es necesario que el representante tenga los mismos intereses y que haya sufrido el mismo ilícito que los demás, siendo él mismo uno de los miembros de ese grupo. La pretensión del representante debe originarse del mismo evento, práctica o conducta que dio origen a la pretensión de los demás miembros del grupo y debe estar basada en el mismo fundamento jurídico.

El representante del grupo propone la acción colectiva en su propio nombre y en nombre de todas las personas en situación similar (*sue on behalf of himself and all others similarly situated*). Así, en una acción colectiva coexisten dos tipos de peticiones independientes: el pedido individual del representante y el pedido colectivo del grupo. El requisito de la tipicidad asegura que el pedido realizado en tutela del derecho individual del autor sea orientado también hacia la solución de la cuestión común que afecta el grupo. El objetivo es asegurar la consistencia entre los intereses del

representante y del grupo que él pretende representar, para que ninguna pretensión o interés de un miembro ausente sean descuidados en el proceso (Gidi, op. Cit., 5).

d.Adecuada representación (Adequacy of representation).

Se trata de asegurar que quien inicia una acción atribuyéndose la representación de los miembros de la clase les representará adecuadamente. El Juez debe valorar si el *class represenative* (representante de la clase, denominado por algunos "parte representativa") puede proteger justa y adecuadamente el interés del grupo. Este requisito otorga un amplio margen de discrecionalidad al órgano jurisdiccional que debe decidir sobre su procedencia.

La propia *Federal Rule of Civil Procedure No. 23* dispone que, previamente a la resolución sobre la procedencia o no de la reclamación, debe determinarse por parte del juzgado o tribunal si existen los elementos suficientes para que la reclamación iniciada pueda someterse al régimen de las *acciones de clase*. Tal determinación se realiza mediante un procedimiento incidental previo al que se denomina *certification of the class action*. Es decir, una suerte de procedimiento previo de verificación de la *legitimatio ad processum* y de los restantes requisitos de procedibilidad a que nos hemos referido anteriormente.

Ese requisito es esencial para que sea respetado el debido proceso legal en cuanto a los miembros ausentes y, por consiguiente, es indispensable para

que puedan ser vinculados por la cosa juzgada producida en la acción colectiva. En fin, si los miembros ausentes serán vinculados por el resultado de una acción dirigida por alguien que se declara representante de sus intereses, los conceptos básicos de justicia imponen que esa representación sea adecuada. Ese es el requisito más importante que será evaluado por el juez, tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

La garantía constitucional del debido proceso legal asegura que nadie sea privado de sus bienes sin ser oído en juicio (*opportunity to be heard*, *right to be heard*, *day in court*). La *adequacy of representation* es un corolario de la garantía del debido proceso legal, siendo considerada suficiente para asegurar la garantía de que cada miembro del grupo sea oído individualmente en juicio. En las *class actions*, se considera que los miembros del grupo serán oídos y estarán presentes en juicio a través de la figura del representante, que funciona como una especie de "portavoz" de los intereses del grupo. El derecho de ser oído en juicio se reduce entonces al derecho de ser oído *a través* del representante.

En los Estados Unidos se ha prestado especial atención al requisito de la *commonality* en relación con las reclamaciones masivas de daños y perjuicios en supuestos de responsabilidad extracontractual (los llamados *mass tort cases*). En tales supuestos, las circunstancias fácticas y jurídicas de cada uno de los miembros del grupo resultan en no pocas ocasiones más relevantes que las comunes a todos aquéllos. Así, la relación de causalidad, la concurrencia o no de las circunstancias requeridas por el específico título de responsabilidad (la existencia de culpa o negligencia; la concurrencia de las circunstancias que autorizan la aplicación de formas objetivadas de responsabilidad, tales como la responsabilidad por riesgo; la existencia de

defecto en el producto, en el ámbito de la responsabilidad por producto, etc.), o la concurrencia de eventuales defensas por parte del demandado, que inevitablemente deben proyectarse sobre cada uno de los perjudicados (como la asunción de riesgos, o la culpa exclusiva o suficiente de la víctima, la prescripción, etc.), son todas ellas cuestiones que frecuentemente sólo pueden ser analizadas de forma individualizada (es decir, en relación con todos y cada uno de los consumidores o usuarios afectados), lo que impide su enjuiciamiento conjunto mediante el mecanismo procesal de las *acciones de clase* (Ferre, 2005, 40).

Debe añadirse, finalmente, que la regulación estadounidense de las *acciones de clase* prevé tanto: (i) un sistema de *opt-in* (es decir, la posibilidad de que consumidores o usuarios individuales que forman parte de la clase representada se presenten en el procedimiento para acumular su acción individual a la iniciada por los representantes, con el objeto de tener su propia asistencia jurídica y su propia estrategia procesal); como (ii) un sistema de *optout* (es decir, la posibilidad de que los referidos consumidores o usuarios individuales manifiesten ante el tribunal, mediante mecanismos ágiles de comparecencia, su voluntad de quedar excluidos de la acción iniciada, para no verse afectados por la sentencia que se dicte) .

Es decir, a pesar del cuidado que los jueces ponen en analizar la adecuación del representante, existen ciertos dispositivos otorgados al particular, para evitar ser abarcado por los efectos de lo juzgado; cuando considera que sus intereses no tienen un adecuado vocero (o la notificación fue insuficiente o se violaron sus derechos al debido proceso): puede levantarse contra el pronunciamiento demostrando esa circunstancia. Asimismo, el miembro de la clase posee un derecho a ser excluido de la misma a los fines de no ser

comprendido por la cosa juzgada o, sin pedir su exclusión, puede incluso, participar del proceso con su propio patrocinio.

El juez es responsable de garantizar que el proceso colectivo sea adecuadamente conducido. Para esto, acompañará atentamente todas las fases del proceso, controlando de cerca todas las actividades de las partes. La necesidad de control judicial se ve potencializada por el hecho de que el representante actúa independientemente de la autorización y fuera del control de los representados.

Al certificar la acción colectiva, el juez efectuará una evaluación preliminar y *prospectiva* del requisito, verificando si el candidato a representante tendrá condiciones de actuar adecuadamente en beneficio del grupo. La acción será "certificada" como colectiva únicamente si el juez considera que ese requisito está presente. La certificación de la *class action* no significa, empero, que la cuestión esté precluída. Debe el juez monitorear de cerca la adecuación del representante durante todas las etapas del procedimiento, desde la proposición de la acción hasta su final, a través de un control ejercido *ex officio*. Ni siquiera la formación de la cosa juzgada precluye la cuestión de la representación adecuada ante los miembros ausentes: si el grupo o algunos miembros no son adecuadamente representados en juicio, no podrán ser legítimamente vinculados por la sentencia colectiva. Si en acción futura, mediante una evaluación *retrospectiva*, fuere establecida la inadecuación de la representación, el juez negará el efecto de cosa juzgada a la sentencia colectiva. Bajo muchos aspectos, el juez de la acción posterior estará mejor preparado que el juez original para detectar algunas inadecuaciones en el proceso colectivo anterior (Gidi, op.cit., 9)

En la *action class* la contraparte tiene interés en velar por la adecuación del representante del grupo. Por lo tanto, es común que la parte contraria impugne la adecuación del representante, con el único objetivo de estimular una investigación más profunda por parte del juez y una decisión expresa sobre el tema en los expedientes. Solamente en un litigio contra representantes adecuados podrá ella contraponer, frente a todos los interesados y con fuerza de cosa juzgada, una eventual decisión contraria a los intereses del grupo.

El requisito de la adecuación de la representación está constituido por dos elementos: la posibilidad de garantizar una vigorosa tutela de los intereses de los miembros ausentes y la ausencia de antagonismo o conflicto de intereses con el grupo. Ambos elementos deben ser evaluados, tanto con relación al representante como con relación al abogado del grupo.

4. Facultades del juez

La ausencia de uno de los requisitos de la acción colectiva (cuestión común, tipicidad y representación adecuada) no lleva, necesariamente, a la extinción de la acción colectiva. El juez podrá, dependiendo de las peculiaridades del caso concreto:

a. Redefinir el grupo (*class redefinition*), restringiéndolo a un grupo que satisfaga el requisito (*Rule 23*).

b. Limitar la controversia colectiva a aquella porción de la controversia afectada por la cuestión común y por la tipicidad, dejando que las cuestiones individualizadas sean verificadas posteriormente, en acciones individuales – acción colectiva parcial (*issue class action*) (*Rule 23.*

c. Notificar el grupo e invitar la intervención de otros miembros para que substituyan o ayuden el representante, perfeccionando el requisito, o para que informen al juicio si consideran que el representante es adecuado. (*Rule 23(d)(2)*);

d. Invitar otros abogados a sustituir o colaborar con el abogado del grupo;

e. Dividir el grupo en subgrupos más homogéneos (*subclasses*), eventualmente nombrando otros miembros y abogados para representar cada subgrupo, si es necesario (*Rule 23(c)(4)(B)*).

f. Negar la posibilidad de proseguimiento de la acción colectiva, no certificándola por falta del requisito: la acción podrá seguir solamente en forma individual.

Tales decisiones pueden ser tomadas en cualquier tempo durante el proceso. En efecto, en muchos casos la situación solamente se proyecta claramente en una etapa avanzada del procedimiento. Sin embargo, el juez debe tratar de “salvar” la acción colectiva siempre que alguna providencia pueda solucionar el problema. Cualquier duda en cuanto a la propiedad o la oportunidad de una *class action* debe resolverse en favor de su certificación. La extinción de la acción debe considerarse siempre como el último recurso, una decisión a ser tomada apenas en casos extremos.

a. Certificación

Antes que una acción pueda proseguir en la forma colectiva, necesita recibir el *imprimatur* del juez, a través de una decisión que "certifique" (*certification*) que la acción puede ser procesada en la forma colectiva. Según la *Rule 23*, apenas propuesta la acción, el juez deberá evaluar la presencia de los requisitos previstos en la *Rule 23* y la conformidad de la situación fáctica a una de las hipótesis de cabimiento previstas en la *Rule 23*. Si el juez niega la solicitud de certificación de la acción colectiva, esta no será extinta, pero proseguirá como una acción individual entre el autor y el demandado. Es como si el procedimiento contuviera dos acciones independientes (la acción colectiva y la individual).

La certificación es una decisión muy importante en el proceso colectivo. Esa decisión tiene el poder de transformar una masa amorfa de individuos en una entidad jurídicamente reconocida y capaz de ir a juicio a defender sus intereses. Esa es la decisión que técnicamente hace de la acción propuesta una acción colectiva y, consecuentemente, asegura eficacia *erga omnes* a la cosa juzgada de ella proveniente. Al certificar la *class action*, el juez define los contornos del grupo (*class definition*), evalúa la presencia de los requisitos previstos en la *Rule 23* y decide cuál de los tipos de acción colectiva previstos en la *Rule 23* se trata.

Si la certificación es denegada, la acción pasará a tener naturaleza meramente individual, involucrando la pretensión individual del autor y sin cualquier relevancia social inmediata. Sin embargo, si se certifica la acción, la controversia cambia de nivel: deja de tener repercusión limitada al autor y al demandado, para referirse a un gran número de personas, aumentando considerablemente el valor en causa y la dimensión política de los intereses

en juego e incrementando los riesgos para el demandado, quien pasa a enfrentar una responsabilidad civil masiva, respondiendo en juicio por la totalidad de las consecuencias de su conducta (Gidi, op. cit., 21).

La disputa entre las partes sobre la certificación de la acción colectiva, en general, es una de las más áridas batallas en una *class action*. En innumerables casos, en realidad es la única. En general, en la práctica, el demandado se opone ferozmente y levanta todas las objeciones imaginables para impedir la certificación, buscando escapar al escrutinio colectivo de la responsabilidad por sus actos. Sin embargo, una vez sea certificada la acción colectiva, el equilibrio del litigio se altera.

b. Notificación

El objetivo de la notificación (*notice*) es informar a los miembros ausentes sobre la proposición y la certificación de una acción colectiva propuesta en tutela de sus intereses. Es imperativo proporcionar a los miembros del grupo una información adecuada sobre la causa, los derechos y los riesgos que conciernen los miembros, para que ellos puedan decidir cuál es la mejor conducta a seguir ante la acción colectiva. Una vez notificados, los miembros pueden intervenir en el proceso, controlar la actuación (y la adecuación) del representante, contribuir con las pruebas y las informaciones de que dispongan o aún ejercer el derecho de autoexclusión del grupo, si no desean ser afectados por la cosa juzgada de la acción colectiva.

Para que la posibilidad de auxilio y control por parte de los miembros ausentes sea realista y no meramente ficticia, la notificación debe ser emitida en una fase inicial del proceso, generalmente enseguida de la certificación. Una notificación demasiado tardía seguramente reducirá la efectividad de la actuación de los miembros del grupo a una simple escogencia entre excluirse o permanecer en el grupo.

La ley y el buen sentido solamente exigen que los miembros ausentes del grupo sean “notificados” (*notice*). No es necesario que sean respetadas las formalidades inherentes a la citación (*service of process*). La citación de cada miembro del grupo haría de todos ellos partes formales del proceso y descaracterizaría el aspecto representativo de la acción colectiva. Cuando la ley exige notificación personal, hacerla por correo será suficiente. Cuando esta notificación no sea posible o no sea obligatoria, se exige solamente que se haga un esfuerzo genuino para informar a los miembros ausentes y que el método escogido sea calculado para comunicarles la existencia de la acción y darles la oportunidad de participar.

Si la notificación se considera insuficiente o inadecuada, la sentencia en una acción colectiva no vinculará los miembros del grupo. Eso puede ocurrir en recurso en el mismo proceso colectivo o a través del *collateral attack* en una acción posterior (individual o colectiva). Una adecuada notificación, al contrario, concede legitimidad a la sentencia colectiva y la hace menos vulnerable a impugnaciones posteriores. Por ese motivo, los jueces analizan la cuestión de la necesidad y de la forma de la notificación con extremada cautela.

La cosa juzgada en el proceso colectivo vincula todos los miembros del grupo que sean adecuadamente notificados. El miembro del grupo que no haya recibido una adecuada notificación no será afectado por la cosa juzgada colectiva. La notificación adecuada para los miembros fácilmente identificables es personal: quienes no reciban la notificación no serán afectados por la cosa juzgada. La notificación adecuada para los miembros no fácilmente identificables es más flexible: no importa si el miembro no recibió la notificación, siempre que ésta haya sido la mejor posible.

c. Cosa juzgada

En las acciones colectivas, se considera que el grupo está presente en juicio y así, la sentencia vincula a todos sus miembros. El efecto vinculante de la sentencia colectiva ante las pretensiones individuales de los miembros del grupo es independiente del resultado de la demanda o de la suficiencia del material probatorio disponible para el grupo.

El efecto de la cosa juzgada no puede ser evaluado con criterio definitivo por el mismo juicio que emitió la sentencia El juez de la acción posterior (colectiva o individual) puede decidir que existió violación al debido proceso legal en la acción original, aunque el juez original haya decidido expresamente que la representación o la notificación fueron adecuadas. El juez posterior tiene el deber de investigar y el poder de decidir nuevamente tales cuestiones.

5. Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos.

a. Acciones Colectivas

1) Requisitos de una acción colectiva.

Uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como representantes de todos sólo si (1) el grupo es tan numeroso que el litisconsorcio de todos los miembros es impracticable, (2) hay cuestiones de derecho o de hecho comunes al grupo, (3) las demandas o defensas de los representantes son típicas respecto de las demandas o defensas del grupo, (4) los representantes protegerán equitativa y adecuadamente los intereses del grupo.

2) Hipótesis en las cuales acciones colectivas pueden ejercitarse.

Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si se satisfacen los requisitos de la subdivisión (a) y si además:

a) el ejercicio de acciones individuales separadas por o contra los miembros del grupo podría crear un riesgo de

b) sentencias inconsistentes o contradictorias con respecto a los miembros del grupo, lo que podría establecer modelos incompatibles de conducta para la parte opuesta al grupo; ó

c) sentencias con respecto a miembros del grupo que podrían en la práctica perjudicar los intereses de otros miembros del grupo que no han participado en el proceso individual, o que dañen o impidan la aptitud de estos para proteger sus propios intereses; ó

d) La parte que se oponga al grupo ha actuado o se ha rehusado a actuar de una manera uniforme con respecto al grupo, resultando apropiado una sentencia inhibitoria o declarativa respecto al grupo entendido como unidad; o

e) El juez considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualquier cuestión individual y que la acción colectiva es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficaz resolución de la controversia. En su decisión sobre la superioridad de la acción colectiva, el juez deberá analizar, entre otras cosas: (A) el interés de miembros del grupo en controlar individualmente el ejercicio o defensa de acciones individuales separadas; (B) la amplitud y naturaleza de cualquier litigio acerca de la controversia ya empezado por o contra miembros del grupo; (C) la conveniencia o no de reunir las causas ante el mismo juez;

f) las dificultades que probablemente serán encontradas en la administración de esta acción colectiva.

3) Determinación si una acción colectiva puede ser certificada; notificación; fallo; acciones colectivas parciales

a. Tan pronto como sea posible después del comienzo de una acción ejercitada como acción colectiva, el juez determinará si esta puede ser certificada como acción colectiva. Esta decisión puede ser condicional y puede ser modificada antes de la decisión sobre el fondo.

b. En toda acción colectiva de tipo (b)(3), el juez dirigirá a los miembros del grupo la mejor notificación posible dadas las circunstancias, incluyendo la notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados a través de un esfuerzo razonable. La notificación informará a cada miembro que: (A) el juez excluirá al miembro del grupo si el miembro lo solicita hasta una fecha especificada, (B) el fallo, favorable o no, incluirá a todos los miembros que no soliciten su exclusión, y (C) cualquier miembro que no haya solicitado la exclusión puede, si lo desea, participar en el juicio con la asistencia de un abogado.

c. El fallo en una acción colectiva de tipo (b) (1) o (b) (2), sea favorable o no al grupo, incluirá y describirá a aquellos que el juez considere miembros del grupo. El fallo en una acción colectiva de tipo (b)(3), sea favorable o no al grupo, incluirá y especificará o describirá a aquellos a los que se dirige la notificación prevista en la subdivisión (c)(2), que no han solicitado exclusión, y que el juez considere miembros del grupo.

d. Cuando apropiado (A) una acción puede ser propuesta o mantenida como acción colectiva con objeto limitado a solamente algunas cuestiones, o (B) un grupo puede ser dividido en subgrupos y cada subgrupo debe ser tratado como un grupo autónomo, aplicándose las disposiciones de esta regla.

2) **Proveimientos sobre el ejercicio de las acciones.**

En el ejercicio de las acciones colectivas, el juez puede: (1) determinar el curso del proceso o adoptar medidas para prevenir repeticiones indebidas o complicaciones en la presentación de la prueba o en la argumentación; (2) promover, para la protección de los miembros del grupo o para el justo desarrollo de la acción, notificación en la forma que determine, para algunos o todos los miembros, sobre cualquier acto o fase del procedimiento o de los efectos de la sentencia, o para dar oportunidad para que los miembros expresen si consideran que la representación es justa y adecuada, para intervenir y presentar demandas o defensas, o para participar de la acción; (3) imponer condiciones a los representantes o a los intervinientes; (4) ordenar que la demanda sea modificada para eliminar las alegaciones a la representación de personas ausentes en el proceso y que la acción se sustancie conforme a lo dispuesto; (5) decidir sobre otras cuestiones procesales similares. Estas resoluciones pueden estar combinadas con una resolución según la Regla 16 y pueden ser modificadas o revocadas según las necesidades del caso concreto.

a. Terminación o acuerdo. Una acción colectiva no puede ser terminada voluntariamente por las partes ni un acuerdo tendrá validez sin la aprobación del juez, y la propuesta de terminación o acuerdo se notificará a todos los miembros del grupo en la forma que el juez establezca.

b. Apelación interlocutoria. El tribunal de segunda instancia puede, en su poder discrecional, permitir una apelación de la certificación o decertificación de una acción colectiva, si el requerimiento ha sido hecho entre los diez días siguientes de la decisión. La apelación no suspende el procedimiento en el juicio de primer grado, a menos que el juez o el tribunal decidan diversamente.

E. LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

La regulación de acciones colectivas en el derecho español responde a la necesidad de la búsqueda de mecanismos para favorecer el acceso a la jurisdicción de determinados sujetos considerados socialmente menos favorecidos o que en el ámbito de la contratación ocupan una posición más débil.

La introducción de mecanismos de tutela colectiva en el ámbito jurídico privado español, ha ido evolucionando progresivamente a partir de una regulación fragmentada de la legitimación en diversas leyes sustantivas. previamente existía una amplia experiencia de tutela colectiva en el ámbito

del derecho laboral y en el ámbito del derecho administrativo. En el ámbito del derecho privado, la tutela colectiva se ha desarrollado fundamentalmente en el contexto del derecho de consumo, sin duda como consecuencia del imperativo constitucional de que se arbitren procedimientos eficaces para la tutela de consumidores y usuarios (artículo 51 de la Constitución española de 1978) y como consecuencia de las directivas comunitarias promulgadas en materia de defensa de consumidores y usuarios. A esa regulación han seguido otras normas sobre legitimación en diferentes leyes sustantivas, pero sin que ello hubiera sido acompañado en una regulación procesal específica de la tutela colectiva.

Hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, tanto la Doctrina como los sectores afectados por el derecho de consumo venían reclamando de manera insistente una legislación adecuada para la tutela de aquellos intereses que superan la esfera estrictamente individual , por verse afectados una pluralidad de sujetos más o menos determinada.

Ello significa que en España los intereses y acciones colectivas han precedido a su regulación legal, lo cual ha originado que las clasificaciones realizadas en materia de intereses colectivos sean divergentes.

En la doctrina y en la legislación española también se distingue entre *intereses colectivos* e *intereses difusos*, en términos similares a los de Brasil. Lorena Bachmaier Winter señala que se consideran *difusos* "aquellos intereses que afectan a una comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario vínculo o nexo jurídico entre ellos; por ejemplo, en materia de publicidad engañosa o en aquellos procesos en los que se ejercita

una acción para exigir el etiquetado de determinados productos de consumo".

En cambio, existe interés *colectivo*:

> cuando un grupo se encuentra en una misma situación jurídica o cuando una pluralidad de sujetos se ven afectados por un mismo hecho, y los integrantes del grupo o los afectados están determinados o pueden ser determinados sin dificultad; por ejemplo: un grupo de padres de alumnos de un colegio, o un grupo de clientes que suscribieron con una determinada entidad bancaria un crédito hipotecario en un concreto año. (2002, 7).

En esta definición parecen quedar incluidos tanto los intereses *colectivos* como los intereses *individuales homogéneos*. Así lo reconoce la propia Lorena Bachmaier Winter:

> No me detendré aquí a precisar los elementos que permiten distinguir cuándo estamos en presencia de un interés supraindividual o, por el contrario, ante una pluralidad de intereses individuales homogéneos. Si bien es ésta una cuestión que incide -y de manera relevante- en el tema de la legitimación, la LEC ha preferido no diferenciar entre ambos tipos de intereses a la hora de configurar las especialidades procesales de la tutela de los consumidores y usuarios.

Por esta razón, en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la distinción se basa únicamente en el grado de determinación

Antes de entrar a estudiar la legislación española en esta materia, conviene revisar los conceptos que sobre intereses colectivos y difusos sostienen algunos autores. Mientras Bujosa (op. Cit, 81) define el interés de grupo equivalente al interés supraindividual como “aquel que se refiere a la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas, pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en

relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos . A su vez este autor distingue entre interés común e interés colectivo. El primero sería el interés singular de cada uno de los miembros del grupo que es igual o muy similar al de los demás y que puede ser satisfecho individualmente. Por su parte denomina interés de grupo, a “aquel que es de uno y de todos “a la vez que es el que denomina interés de grupo o intereses difusos y colectivos.

Para Gutierrez de Cabiedes (op. Cit. 99 y ss) cuyos criterios serán en esencia asumidos posteriormente por el legislador, entre los intereses colectivos y difusos como ya habíamos anotado en capítulos anteriores, no existe una diferencia ontológica, ya que la distinción se basa en el aspecto extrínseco del grado de agregación y delimitación de la comunidad a la que se refieren . En definitiva, hacen referencia a un mismo fenómeno jurídico, pero con diferente grado de determinación.

Sin embargo, Bachmaier señala que el legislador en alguna ocasión utiliza la palabra colectivo en términos más amplios, y que dentro de la acción colectiva incluye no sólo aquella que persigue la defensa de intereses colectivos en sentido estricto, sino también aquellas acciones que afectan a una pluralidad de sujetos, sin atender a su grado de determinación. La autora reconoce que la Ley no distingue cuando se está en presencia de un interés colectivo en sentido estricto y cuando se está en presencia de una pluralidad de intereses individuales homogéneos.

Pero si bien en la Ley de Enjuiciamiento Civil española se hace la distinción entre intereses colectivos e intereses difusos y ambos son protegidos a

través de las acciones colectivas, sin embargo, no se advierte una regulación específica para los intereses de grupo o intereses individuales homogéneos.

1. La Tutela de los Intereses Colectivos y Difusos en el Ordenamiento Jurídico Español.

En el ámbito del derecho Privado es la Ley 26/84 del 19 de Julio, la Ley General de defensa de Consumidores y usuarios (LGDCU), la que inicia una evolución hacia una tutela colectiva de los derechos e intereses (Bachmaier, op. Cit.10).

La LGDCU enumera en su artículo 2do., los derechos básicos de los consumidores y usuarios. Más adelante la Ley Orgánica del poder Judicial de 1985 (LOPJ) hizo un intento por ampliar la legitimación a sujetos o entes carentes de personalidad Jurídica, para articular la defensa de intereses colectivos y difusos. Es así como la LOPJ en su artículo 7.3 encomienda a Juzgado y tribunales la protección de los intereses tanto individuales como colectivos, reconociendo simultáneamente la legitimación de “corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados” (Bachmaier, op. Cit, 10).

Progresivamente, en las leyes sustantivas, LGDCU, Ley general de Publicidad, Ley de Competencia desleal, Ley sobre Condiciones Generales de Contratación (entre otras), se fueron introduciendo normas para dotar de eficacia a la protección de los derechos de los ciudadanos en su consideración de consumidores y usuarios, introduciendo la regulación de

acciones de cesación para cuyo ejercicio se contemplan normas de legitimación específicas.

A pesar del importante avance que supuso la normativa referida, en el aspecto procesal ésta evolución aún no se reflejaba, encontrándose lagunas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en materia de intereses colectivos, al ser una ley concebida para tutelar pretensiones basadas en la titularidad de derechos subjetivos individuales.

Para dar cumplimiento al artículo 51 de la Constitución Española, no resultaba suficiente que en las leyes sustantivas se atribuyera legitimación a las asociaciones de consumidores. A esa legislación había que acompañar una completa normativa que regulara las diversas implicaciones procesales de la defensa de los intereses colectivos y difusos, entre ellas , el modo de intervención de los particulares en estos procesos , o la eficacia de las sentencias obtenidas por entes legitimados para la defensa de estos intereses que afectan a una pluralidad de consumidores y usuarios entre otros, a los efectos de evitar la indefensión de los mismos (Bachmaier, op. Cit. 12).

Para cubrir el vacío normativo creado, fue promulgada el 8 de enero de 2000, entrando en vigor el 8 de enero de 2001, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española (LEC). En ella se introducen mecanismos de carácter procesal para la tutela colectiva de consumidores y usuarios, con aplicación supletoria para los demás procesos jurisdiccionales, siendo de aplicación extensiva al proceso penal, respecto a la acción civil acumulada.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil, se han introducido previsiones específicas en materia de diligencias preliminares sobre citación al proceso

(llamamiento), de quienes sin ser demandantes, puedan estar directamente interesados en intervenir, sobre acumulación de acciones y procesos; acerca de la sentencia y en materia de ejecución. (Bachmaier, op. Cit. 14).

Con el fin de averiguar si los consumidores y usuarios afectados por un hecho lesivo están determinados o son de imposible determinación , a los efectos de establecer la legitimación, la LEC permite al futuro demandante solicitar la práctica de diligencias preliminares para efectuar esa identificación subjetiva de los afectados En ambos casos , sujetos determinados o indeterminados, se arbitra un amplio sistema de publicidad de la demanda para facilitar la intervención en el proceso colectivo de cada uno de los afectados individualmente (artículos 13 y 15 de la LEC). Pero hayan intervenido o no según lo que se deduce del artículo 222 de la LEC , la eficacia de la sentencia en materia de intereses colectivos y difusos se extiende *ultra partes,* incluso frente a sujetos que no hubieren litigado (op. Cit. 14).

En cuanto al contenido de la sentencia, cuando se trata de intereses colectivos el artículo 221 de la LEC exige que si se han ejercitado concretas pretensiones de condena, tenga que determinarse individualmente cuáles son los beneficiados por ese pronunciamiento, y en la medida de lo posible, esa condena se liquidará en la propia sentencia. En caso de intereses difusos, la sentencia estimatoria de la pretensión de condena fijará las bases y datos para identificar a los beneficiados, sin perjuicio de pronunciarse individualmente acerca de la tutela de los concretos consumidores ya determinados. Respecto a los afectados no determinados, se incluirán los datos, características y requisitos necesarios para que éstos puedan instar la ejecución (artículo 221 de la LEC), difiriendo al proceso de ejecución la individualización de los sujetos beneficiados. El presente sistema aparece

aquí como una excepción a la prohibición general de sentencias de condena con reserva de liquidación (artículo 219 de la LEC, citado por Bachmaier, op. Cit, 14).

Se establece además un sistema en el que las sentencias constitutivas o declarativas dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios puedan permitir el ejercicio de la acción de resarcimiento individual, evitando así que cada uno de los posibles afectados por esa decisión judicial se vea abocado a instar el proceso de declaración individual (artículo 221.3 LEC).

a. Legitimación

En cuanto a la *legitimación*, el artículo 11 distingue los sujetos legitimados, según el tipo de interés: *a*) para la defensa de los intereses colectivos (número de afectados determinado o fácilmente determinable), se legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios, a los grupos afectados y a las entidades legalmente constituidas con tal objeto, b) para la protección de los intereses difusos (número de afectados indeterminado o de difícil determinación), se legitima sólo a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas.

Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

> 1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.
>
> 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.
>
> 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.
>
> 4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

La distinción entre *intereses colectivos* e *intereses difusos* que establece el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, se basa únicamente en el criterio del grado de determinación de los sujetos afectados: si los sujetos afectados están perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, sus intereses son calificados como *colectivos* (párrafo 2); si los perjudicados son una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, sus intereses son considerados *difusos* (párrafo 3).

Debido a que la LEC sólo contempla la tutela colectiva de los consumidores y usuarios, se ha generado un debate acerca de si el medio ambiente puede englobarse dentro de los medios de consumo o no. En cuanto a las normas Generales de Contratación a éstas si le son aplicables las normas de la LEC referidas a los consumidores y usuarios, en virtud de la disposición final sexta, apartado 5to de la LEC. (op. Cit. 16).

El artículo 11 de la LEC referido a la Legitimación parece señalar un criterio único respecto a su aplicación cuando alude a los perjudicados por un hecho dañoso. Ello quiere decir que el hecho de haberse visto afectado el consumidor o usuario por un hecho dañoso, lo integra en el grupo, categoría o clase de afectados de manera automática. Sin embargo, la Ley no regula procesalmente la manera en que el consumidor o usuario pueda verse excluido de ese grupo, para evitar verse afectado por el contenido y efectos de la sentencia. Aparentemente es la falta de regulación del *opting out* de la acción de clase; para otros se debe a un deseo del legislador de favorecer la tutela colectiva de los derechos individuales de cada consumidor afectado, evitando la proliferación de procesos individuales. (op. Cit. 16).

Aparte de la legitimación prevista en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, existen otras reglas sobre este tema en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (artículo 20), la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación (artículo 16), la Ley General de Publicidad (artículo 25) y en la Ley de Competencia Desleal (artículo 18).

b. La Capacidad de ser parte

Una de las principales novedades contenidas en la LEC es la posibilidad de que el grupo de afectados pueda tutelar los derechos e intereses colectivos, siempre que ese grupo sea determinado o determinable. Ello implica que los derechos e intereses colectivos no sólo pueden ser tutelados por las asociaciones y entidades específicamente legitimadas, sino también por el propio grupo de afectados. La novedad no radica tanto, tal como lo apunta Bachmaier (op. cit.17), en el hecho de que se confiera legitimación al grupo, ya que esa legitimación estaba prevista genéricamente en el artículo 7.3 de la LOPJ, sino que se confiera al grupo capacidad para ser parte, lo cual es el principal obstáculo para la actuación en el proceso de los grupos antes de la LEC 1/2000. Ya que por mucho que se le reconociera legitimación al ser e grupo un ente sin personalidad jurídica y sin una estructura organizativa de cierta permanencia, existían muchos reparos a la hora de admitir su capacidad para ser parte y para ser sujetos de derechos y obligaciones en el proceso.

Es así que el artículo 6.7 de la LEC establece que el grupo tendrá la capacidad para ser parte siempre que se constituya con la mayoría de los afectados en un mismo hecho lesivo, sin que sea exigible una mayoría cualificada. Se trata de un criterio meramente cuantitativo para acreditar que ese grupo es suficientemente representativo de los intereses de los afectados, lo cual legitima su actuación procesal y la extensión de sus consecuencias incluso a afectados ausentes del proceso (*adecuacy of representation*, en la terminología jurídica angloamericana). Esta posibilidad se torna relativa cuando es limitada al proceso civil en el artículo 6.7, lo cual impide al demandado reconvenir frente al grupo o que éste sea demandado como tal. Se verifica así otra de las diferencias con el ordenamiento estadounidense donde sí se admite la posibilidad de que el grupo actúe como parte activa y como destinatario de una demanda. (op. Cit. 18).

En cuanto al modo de acreditar la capacidad para ser parte, será a través de la prueba documental que se acompañará al escrito de la demanda.

Para Vásquez (2004, 183), esta disposición plantea algunos problemas al exigir que el grupo se constituya (se supone que como asociación de afectados y que en tal constitución esté la "mayoría", dato nada fácil de determinar ni de acreditar en muchos casos. Este autor compara la disposición con el de otras legislaciones en donde no se exige que la asociación o entidad de afectados tengan una antigüedad mínima (por ejemplo, un año como exige el código de Brasil).

El artículo 7.7. , atribuye capacidad procesal al representante legal de la entidad constituida, o en todo caso a quien de hecho la gestione o actúe en su nombre frente a terceros.

El artículo 11 de la nueva LEC en lo que a esta materia se refiere no hace más que repetir lo que decía el artículo 20, numeral 1 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, cuyos términos reproduce. Ambas disposiciones reconocen la legitimación individual de cada consumidor o usuario y legitiman además a las asociaciones constituidas para defender los intereses de la propia asociación (legitimación directa), los de sus asociados o integrantes (legitimación por sustitución) y los intereses generales de todos los consumidores o usuarios (legitimación colectiva o popular).

En cuanto a las medidas cautelares, en la ley de Enjuiciamiento Civil, no se prevé un tipo de medidas cautelares para los procesos en los que se ventilen acciones colectivas. La única particularidad que se manifiesta en esta materia, se deriva de la acción ejercida y de la efectividad de la tutela que se persigue. Por ejemplo en las acciones de cesación o de prohibición de

realizar un acto que se considera desleal, la medida cautelar típica será la orden judicial de cesar provisionalmente en esa actividad o de abstenerse temporalmente de llevar a cabo esa conducta que se considera ilícita. (op. cit., 40)

Por lo que se refiere al proceso, Bachmaier (op. cit. 32) expresa que la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha creado un proceso especial para la tutela de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, pero sí ha introducido numerosas especialidades en el proceso declarativo. En la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señala que se han incluido preceptos sobre llamamiento al proceso de quienes sin ser demandantes puedan estar directamente interesados en intervenir, sobre acumulación de acciones y procesos, acerca de la sentencia y en materia de ejecución.

Tomando en cuenta al número y entidad de las especialidades previstas para los procesos de tutela colectiva de consumidores y usuarios, se podría llegar a considerar que la ley de Enjuiciamiento Civil ha diseñado un verdadero proceso especial. Sin embargo, el legislador no lo denomina así y para su tramitación remite a alguno de los dos procesos declarativos que regulan la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: el juicio ordinario o el juicio verbal, en función de la cual será la cuantía de la demanda.

c. Llamado a través de los medios de comunicación

El artículo 15.1. de la L.E.C regula la obligación de llamar al proceso a los que tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del

producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su interés individual, a través de la publicación de la admisión de la demanda en los medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses. Este modo de llamado es exigible en relación con todos los procesos para la tutela de los derechos colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, salvo en aquellos en los que se ejercita una acción de cesación (artículo 15.4. de la LEC). El legislador persigue una publicidad real de la existencia del proceso colectivo, difundiendo la admisión de la demanda, para garantizar la posibilidad de intervención individual de cada uno de los perjudicados. La finalidad es clara, pero la regulación del artículo 15.1. de la LEC resulta breve y no abunda más al respecto.

Los gastos que se deriven de estos anuncios serán a costa de la parte demandante, en virtud de la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 164 de la LEC, pero además podrán incluirse en la tasación de costas.

Para poder determinar si los consumidores y usuarios afectados por un hecho lesivo están determinados o son de imposible determinación, la ley de Enjuiciamiento Civil permite al futuro de mandante solicitar la práctica de diligencias preliminares para realizar esa identificación subjetiva de los afectados.

Si con la acción colectiva se hubiere pretendido una condena (dineraria, de hacer, de no hacer o dar cosa específica o genérica), la sentencia estimatoria deberá determinar individualmente los consumidores o usuarios beneficiados por la condena (intereses colectivos). Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características o

requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante (intereses difusos). Si como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la Ley una determinada actividad o conducta , la sentencia se determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios , la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente (Ovalle, 2004, 610).

La Ley de Enjuiciamiento Civil, no contempla una regla especial en relación con el contenido de la sentencia que ponga fin a un proceso promovido por el grupo de consumidores y usuarios en defensa de un hecho dañosos, y, en principio, lo dispuesto en ele artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como expresa la norma, sólo es de aplicación a las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores (op. cit. 43).

La extensión de la autoridad de la cosa juzgada de las sentencias dictadas en los procesos promovidos por acciones colectivas , se encuentra prevista en el artículo 222, párrafo 3, de la ley de Enjuiciamiento Civil, que expresa: “La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes , así como a los sujetos no litigantes , titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley.

El artículo 222 de la LEC al regular los efectos de la cosa juzgada material de la sentencia, no distingue entre acciones ejercitadas para la protección de los derechos e intereses de grupos de consumidores determinados o indeterminados. Prevé la extensión de la fuerza de la cosa juzgada a todos los integrantes del grupo afectados: “la cosa juzgada afectará a las partes del

proceso, así como a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes al amparo del artículo 11 de esta ley". Al no hacerse distinción en cuanto al contenido de la sentencia se puede concluir que los efectos de la cosa juzgada de la sentencia se producen tanto en el caso de sentencias estimatorias como desestimatorias de la pretensión. La primera dificultad que surge es definir quienes pueden ser considerados *sujetos no litigantes*, a los efectos del artículo 222 de la LEC. (op. cit. 47)

No se distingue si la sentencia fue dictada en un proceso promovido en defensa de intereses colectivos o de intereses difusos: En los procesos promovidos por asociaciones de consumidores, se entiende que son sujetos no litigantes aquellos que, incluidos dentro de la categoría o clase de consumidores y usuarios afectados, sin embargo, no han hecho uso de la posibilidad de comparecer a título individual e intervenir en el proceso colectivo.

En cambio, en los procesos promovidos por el grupo de afectados, en principio, el sujeto litigante es el grupo, y no sólo el que se ha constituido con la mayoría de los afectados, sino el integrado por la totalidad de los afectados. En este caso, el sujeto no litigante es aquel que manifiesta su expreso deseo de permanecer fuera del grupo. En relación con las acciones colectivas para Bachmaier, la extensión de la fuerza de la cosa juzgada ha de entenderse proyectada sobre todos los sujetos que integran el grupo, aunque no hayan comparecido a título individual.

Vásquez (op. Cit., 190) acota que los preceptos de la legislación española, no constituyen un sistema normativo y que ni siquiera se encuentran reunidos o alojados en un mismo pasaje de la nueva LEC, sino dispersos a lo

largo de toda la nueva regulación del proceso declarativo y del proceso de ejecución. Es por ello que no puede decirse que España cuente, ni con un código o ley de consumidores y usuarios que contemple la regulación procesal, ni siquiera con un proceso específico para el ejercicio de tales acciones, sino tan sólo con ese conjunto de disposiciones dispersas e incompletas. Es por eso que pone su fe en el Código Modelo para estos procesos para que sea ofrecido al legislador tomando con la esperanza de que le dedique la atención necesaria.

F. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA LEGISLACION BRASILEÑA

En el derecho latinoamericano, la introducción de la tutela judicial de los intereses colectivos y difusos corresponde a Brasil, país en el cual diversas leyes consagraron por vez primera este tipo de protección. Entre esas normas encontramos la Ley de Acción Popular de 1965, la Ley de Acción Civil Pública de 1985 y el Código de Defensa del Consumidor de 1990 (Ley 8078 del 11 de septiembre de 1990). Además, es de hacer notar que en el año 1988 la Constitución Brasileña desarrolló una disposición destinada a tutelar los intereses difusos y colectivos de los particulares, lo que conllevó a afianzar la consagración positiva de ese tipo de legitimación (Duque, citado por Badell, 2004).

Brasil es el primer país del *civil law* que ha regulado el fenómeno de las situaciones jurídicas plurisubjetivas, es decir, tanto a los intereses

supraindividuales en sentido propio (colectivos y difusos), como lo que en este país se ha denominado intereses individuales homogéneos, y lo ha hecho con procedimientos que se asemejan a los las acciones colectivas de los países anglosajones.

En Brasil, en el art. 129 de la Constitución de la República de 1988 expresamente se incluye, entre las funciones institucionales del Ministerio Público, “la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del ambiente y de otros intereses difusos y colectivos”, mediante la Ley nº 7347, de 24 julio 1985, de Acción Pública, se permitieron las acciones colectivas en defensa de intereses colectivos indivisibles (o mejor dicho, intereses colectivos en sentido estricto, es decir, de la protección de los intereses supraindivduales). Concretamente el art. 5 de esta norma, reconoce la legitimación de las asociaciones que tengan por lo menos un año de antigüedad e incluyan entre sus objetivos estatuarios la defensa de los indicados legalmente. Con posterioridad, en la Ley nº 7913, de 7 diciembre 1989, relativa a los daños de los inversores en valores mobiliarios, se legitima al Ministerio Fiscal para adoptar las medidas judiciales necesarias para evitar perjuicios y obtener compensación de los daños ocasionados a los titulares de valores mobiliarios y a los inversores de mercado (art. 2). En su caso, el remanente corresponderá al erario público.

Pero, la más importante es la Ley nº 8078, de 11 septiembre 1990, por la que se aprueba el código de Defensa del Consumidor (en vigor desde el 11 marzo 1991), en la que se admiten las acciones colectivas para la defensa de intereses individuales homogéneos. La legitimación para las demandas colectivas corresponde al Ministerio Fiscal, órganos públicos, asociaciones constituidas por lo menos con un año de antelación requisito que puede ser dispensado judicialmente por razones de interés social dadas las

dimensiones o las características del daño (art. 82). Según el Cap. IV, los efectos de la sentencia sólo se extienden a los interesados si les es favorable (cosa juzgada "*secundum eventum litis*").

El Código de defensa del Consumidor, regula los mecanismos específicos de tutela de las acciones colectivas. El Título III lleva por título "*De la Defensa del Consumidor en Juicio*", dedica el Capítulo II a las "*Acciones Colectivas para la Defensa de los Intereses Individuales Homogéneos*". Previamente en el Capítulo I, se establecen unas "*Disposiciones Generales* "en las que entre otras cosas se define y diferencia a éstos últimos de los Intereses Colectivos y Difusos.

En el Capítulo II de la Ley, se regula un procedimiento que permite el tratamiento conjunto de la reparación de los daños sufridos individualmente. (artículo 91), que se remite para ello al artículo 82, que es el que establece quienes son los legitimados para el ejercicio de todo tipo de acciones colectivas (es decir, también las que tienen por objeto la defensa de intereses propiamente supraindividuales). Estos son: 1) El Ministerio Público; 2) La Unión, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal; 3) Las Entidades y órganos de la Administración Pública, específicamente destinadas a la defensa de los Derechos e intereses protegidos en este Código; 4) Las asociaciones legalmente constituidas con por lo menos un año de antigüedad y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los derechos e intereses protegidos en este Código.

De acuerdo con el artículo 94, una vez propuesta la acción, se publicarán edictos en el órgano oficial, a fin de que los interesados puedan intervenir en el proceso como litisconsortes, sin perjuicio de la amplia divulgación por los

medios de comunicación social por parte de los órganos de defensa del consumidor.

En caso de procedencia de la acción según el artículo 95, la condena será genérica, fijándose la responsabilidad del demandado por los daños causados.

Posteriormente podrá promoverse la liquidación y ejecución de la sentencia (art. 97), tanto por la víctima y sus sucesores, como por los legitimados del artículo 82. Es decir, al responsable se le condena por la reparación de los daños individuales que hayan sufrido los consumidores. Tales daños serán cuantificados por cada uno de ellos en la liquidación de la sentencia promovida por cada interesado.

La Ley declara la preferencia en el pago de las indemnizaciones por los perjuicios individuales, en caso de concurso de créditos, es decir, de que concurran éstas y la condena a la reparación de bienes de disfrute común afectados por el mismo evento dañoso (art. 99).

En su artículo 100, la Ley contiene una prescripción de acuerdo con la cual, transcurrido el plazo de un año sin habilitación de los interesados en número compatible con la gravedad del daño, los legitimados del artículo 82, podrán promover la liquidación y la ejecución de la indemnización debida. El producto de la indemnización debida se destinará al Fondo creado por la Ley No. 7347 de 24 de Julio de 1985. Esta norma según Gutiérrez (op. Cit., 444) tiene un difícil encaje conceptual en el esquema trazado por la Ley y, a su vez, una clara semejanza con la *fluid recovery* de las *class action* norteamericanas. Supone que si de la cantidad fijada a tanto alzado a la que, que por aproximación se calcula en un principio que pueden haber

ascendido a los daños individuales causados por el infractor responsable, queda un remanente no liquidado (no reclamado), éste irá a parar al Fondo mencionado para darle un fin análogo.
Ello indica que en realidad la condena sería tanto de resarcimiento de daños individuales cuyo sufrimiento y cuantía se ha demostrado, como predica la propia ley y la doctrina de ese país, sino más bien una suerte de indemnización colectiva, "abstracta" que al fin y al cabo no es sino una sanción (no una reparación de daños) al modo de lo que los anglosajones denominan *punitive damages (*Ibid., 445*).*

Para Ada Pellegrini (1994, citada por Gutiérrez, Op. Cit., 444) en este sistema la condena se corresponde con los daños causados, aunque en términos líquidos, ya que la liquidación y pago se corresponderá con los daños efectivamente sufridos por cada acreedor.

A continuación tomaremos como referencia para el análisis del sistema Brasileño en el tratamiento de los intereses colectivos y difusos, un interesante estudio realizado por Antonio Gidi , denominado "Las acciones Colectivas y la tutela de los derechos difusos , colectivos e individuales en Brasil", tema desarrollado por este procesalista brasileño de amplia trayectoria en el que estudia a fondo dicha problemática y establece ciertas comparaciones entre la *class action* y el proceso brasilero. Por lo que a continuación haremos referencia a este autor de manera recurrente debido a la utilidad de sus aportaciones.

Para Antonio Gidi, la acción Colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva) para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto de litigio) y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada). En consecuencia, los elementos esenciales de

una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada. Es así que lo que distingue una acción colectiva de una acción individual es su aptitud de proteger el derecho de un grupo (el objeto del procedimiento).

1. Innovaciones de las Acciones Colectivas Brasileñas.

En la acción colectiva brasileña, el Ministerio Público es siempre notificado del comienzo de una acción colectiva e invitado a intervenir y participar en el procedimiento en defensa de la legalidad (*custos legis*), para garantizar la adecuada representación de los intereses de los miembros ausentes del grupo.

En 1985, la Ley de Acción Civil Pública creó un fondo especial en protección de los Derechos Difusos. Según este instrumento legal el depósito realizado en una cuenta bancaria es usado para el pago de daños otorgados a las acciones colectivas. Por ejemplo, si un demandado es condenado a pagar una multa o daños por la destrucción de un bosque, o por un anuncio engañoso en la radio o televisión, esta suma será depositada en una cuenta especial. Además si por alguna razón (tal como la dificultad para identificar a las víctimas, por ejemplo) no es posible distribuir los daños individualmente a los miembros ausentes del grupo, el juez calculará el daño causado a todos los miembros del grupo en conjunto y la suma así obtenida será depositada en esa cuenta. Este fondo especial es administrado bajo la vigilancia del Ministerio de Justicia, por un comité mixto compuesto de empleados del

gobierno y de ciudadanos. Los recursos deben ser usados para financiar la restauración de los derechos que fueron violados por los demandados. Cuando dicha restauración no es posible, estos fondos deben ser usados flexible y creativamente para proteger derechos de grupo similares a aquellos invocados en la acción colectiva. En los últimos años varias cuentas bancarias especiales han sido creadas por ley. Algunas determinan expresamente el objeto de su protección y especifican la finalidad de los fondos; así existen cuentas para el medio ambiente, los niños o los consumidores. Además, debido a las peculiaridades del Sistema Federal de gobierno, también existen cuentas estatales y federales.

En esta modalidad, también la legislación venezolana, -que toma en muchos aspectos el modelo Brasilero de Protección a la Infancia- , ha previsto mecanismos legales para la creación de un Fondo dirigido a financiar proyectos y programas en materia de protección a los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, la ley Orgánica para la Protección del Niño, niña y Adolescente no ha tenido tanto éxito en establecer las sanciones económicas a los demandados, las cuales estarían dirigidas por vía de multa (previo juicio, garantizando el derecho a la defensa) a ingresar en un Fondo especial a través de la apertura de Cuentas Bancarias que serían posteriormente administradas con miras a la ejecución de Programas sociales dirigidos a la Infancia. En nuestro país tal sistema actualmente resulta débil y limitado, debido principalmente a la dependencia de los órganos encargados de su vigilancia de instancias gubernamentales y políticas, impidiendo así la exigibilidad de los derechos a aquellos que financian su funcionamiento institucional cuando existen intereses contrapuestos. En tal sentido, deberá fortalecerse el Sistema de Protección de los derechos infantiles a través de Mecanismos adecuados que otorguen verdadera independencia funcional y política a las Instituciones encargadas

de implementar estas acciones (Consejos de Derechos del Niño, niña y Adolescente) para lograr su éxito.

Una de las innovaciones importantes en las leyes de acciones colectivas brasileñas es la de proteger a los representantes del grupo de la responsabilidad de pagar a los demandados los honorarios de abogado, las costas y gastos en caso de perder, excepto en casos de litigios de mala fe. Esta protección sólo se limita a los representantes del grupo: los demandados son responsables de los honorarios de abogados, así como de las costas y gastos del grupo en caso de perder, bajo la regla tradicional de que el litigante vencido debe reembolsar al vencedor los honorarios. En el Sistema brasileño, los actores de una acción colectiva no tienen que adelantar el pago de costas judiciales, honorarios, gastos de peritos u otros gastos.

Con este sistema, el legislador brasileño ha tratado de romper las barreras del Acceso a la Justicia, maximizando la efectividad de la acción colectiva (Gidi, op. Cit., 11).

Gidi resalta que a pesar de ciertas innovaciones, existen deficiencias en el Sistema Brasileño que deben ser superadas, entre las que enumera:

a) La Notificación requerida se satisface con la Publicación en un sólo periódico de carácter oficial, con la desventaja para los interesados que nadie lee los periódicos oficiales; estableciéndose que esta notificación sea realizada en las acciones colectivas por Daños individuales y no en las acciones colectivas por Derechos Colectivos y Difusos no será requisito necesario ninguna notificación.

b) Ausencia de disposiciones legales en relación a la acción colectiva pasiva, lo cual lleva a algunos juristas a concluir que ésta no existe en Brasil.
c) Ausencia de procedimientos para aprobar acuerdos entre las partes. Las facultades de los representantes del grupo en Brasil resultan limitadas ya que los derechos no pertenecen a los representantes, sino al grupo en su conjunto, el actor no puede libremente disponer de los mismos y sólo tienen derecho a hacer concesiones limitadas sobre la forma en que el demandado ajustará su conducta a la Ley. Lo cual la diferencia con las acciones colectivas norteamericanas en donde la negociación es parte importante del Sistema para lograr los acuerdos necesarios, pudiendo incluso renunciar total y parcialmente los derechos de los miembros ausentes del grupo, teniendo la posibilidad de lograr la aprobación judicial del arreglo u homologación judicial, el derecho a intervenir y ejercer el derecho a réplica en la transacción, el derecho a salir del grupo, etc.

En consecuencia, otorgar efectos obligatorios a los acuerdos en acciones colectivas a juicio de este autor, resulta peligroso mientras el legislador no establezca un procedimiento adecuado para la aprobación del acuerdo por el Tribunal y la notificación del grupo. Las reglas de la cosa juzgada en Brasil respecto a las acciones colectivas no obligan a los miembros del grupo si la sentencia no es favorable a sus intereses, siendo obligatorio para los miembros ausentes del grupo cuando es favorable a sus intereses. Entonces, cabe preguntarse ¿ hasta qué punto los acuerdos logrados en la acción colectiva pueden ser obligatorios para todos sus miembros?. Los juristas Brasileños, sin embargo, nos indican que un acuerdo entre las partes no obliga a los ausentes del grupo que no están conformes con ello y la misma acción colectiva puede ser presentada de nuevo en protección de los miembros no satisfechos (Gidi, op. Cit., 14).

2. Tipos de Derechos de Grupo en Brasil

En la doctrina brasileña, al igual que en la italiana, también se hace la distinción entre los *intereses colectivos* y los *difusos*. Como señala Ada Pellegrini Grinover (1989, 22), se consideran *colectivos* los intereses comunes a una colectividad de personas, pero sólo cuando exista un *vínculo* jurídico entre los componentes del grupo, como ocurre en las sociedades mercantiles, el condominio, la familia, el sindicato, etcétera. Son difusos, en cambio, los intereses que, sin fundarse en un vínculo jurídico, se basan en factores de hecho frecuentemente genéricos y contingentes, accidentales y mutables, como el habitar en la misma zona, consumir el mismo producto, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas, etcétera.

El artículo 81 del código del consumidor en Brasil enumera las categorías de Derechos de Grupo que pueden ser protegidos por las acciones colectivas en Brasil y clasifica los derechos de grupo en “difusos”, “colectivos” e individuales homogéneos”. Estos tres tipos de derechos de grupo teóricamente corresponden a tres tipos de acciones colectivas, cada una con una pequeña diferencia en su procedimiento y en la finalidad del juicio. La acción colectiva depende en gran medida de las características del derecho protegido ante el tribunal.

De acuerdo con el artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil, el *Derecho Difuso* es un derecho transindividual e indivisible que pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que están únicamente vinculadas por circunstancias de hecho en una situación específica. El derecho colectivo es también

transindividual e indivisible pero pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una relación jurídica de base. Los derechos individuales homogéneos son derechos individuales divisibles que tienen un origen común.

Hay dos características comunes en los dos tipos de intereses (colectivos y difusos): su transindividualidad y su naturaleza indivisible. Estos dos características significan, de acuerdo con Barbosa Moreira (1992, 527) "que los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión de la entera comunidad". También presuponen que la solución a los conflictos en los que se manifiesten estos tipos de intereses, debe ser la misma para todas las personas que integran la comunidad.

En ambos casos los intereses corresponden a una comunidad de personas, pero la diferencia se hace consistir en que los intereses difusos pertenecen a una comunidad de personas indeterminadas, entre las cuales no existe una relación jurídica base, en tanto que en los intereses colectivos la comunidad de personas sí es determinada o determinable, en la medida que dichas personas constituyen un grupo, una categoría o una clase, y en que, además, existe una relación jurídica base entre esas personas, o entre éstas y un tercero. Barbosa Moreira expone los siguientes ejemplos: "Se calificará como difuso, por ejemplo, el interés de los habitantes de cierta región en la preservación de la pureza del agua de los ríos que la bañan, indispensable para el uso personal y doméstico; sería colectivo, en cambio, el interés de los estudiantes de una universidad en la regularidad de las clases".

Frente a estos intereses transindividuales e indivisibles, el mismo artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor brasileño define los intereses individuales homogéneos como aquellos que siendo de carácter individual tienen, sin embargo, un "origen común" (fracción III). Estos intereses individuales son tratados colectivamente en virtud del origen común, y pueden ser reclamados judicialmente por medio de una acción colectiva, para obtener la reparación de los daños sufridos individualmente por los consumidores. En este caso, cada miembro del grupo es titular de un interés individual, divisible por naturaleza, tanto que cada uno puede presentar su propia demanda a título personal.

Como ha señalado José Carlos Barbosa Moreira, los intereses colectivos en sentido amplio o supraindividuales son intereses esencialmente colectivos, en tanto que los intereses individuales homogéneos sólo son intereses accidentalmente colectivos.

Advierte el propio Barbosa Moreira, cuando se trata de intereses esencialmente colectivos sólo es concebible un resultado uniforme para todos los interesados, y el proceso queda sujeto necesariamente a una disciplina caracterizada por la unitariedad; en tanto que en los intereses accidentalmente colectivos, una vez que en principio se tiene que admitir la posibilidad de resultados desiguales para los diversos participantes, la disciplina unitaria no deriva en absoluto de una necesidad intrínseca.

El artículo 81 es el equivalente en el sistema de Derecho Civil a la regla 23 b) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil norteamericano. La comparación de estas reglas refleja una profunda diferencia filosófica entre los dos sistemas procesales: mientras que los abogados en las

jurisdicciones del *common law* piensan en la ley en términos de "tipos de acciones" o "tipos de hechos", los abogados del derecho civil (civil law) piensan en términos de "tipos de derechos sustantivos". La clasificación no es la misma en ambos sistemas, pero hay algunas similitudes. Como regla general puede decirse que derechos "difusos" y "colectivos", son los que pertenecen al grupo como un todo, tales como aquellos protegidos por una orden de "hacer" y de "no hacer" *(injuction*) o por daños globales del grupo. En contraste, "derechos individuales homogéneos", se conciben para la protección de derechos subjetivos individuales *(class actions for individual damages).*

3. Derechos de Grupo transindividuales e Indivisibles.

En opinión de Gidi (op. Cit., 53) el concepto de un derecho transindividual (o supraindividual) no sólo significa que el derecho no es individual, sino que existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos. Trasciende al individuo y sin embargo, no es una mera colección de derechos individuales. En consecuencia, es legalmente irrelevante determinar qué individuos pertenecen al grupo y quien es en última instancia el titular del derecho transindividual, tal como la pureza del aire, limpieza de un río, la veracidad de un anuncio publicitario, o la seguridad de los productos, pertenece a la comunidad como un todo, no a individuos específicos, ni asociaciones, ni al gobierno. Para este autor, en términos económicos, consiste en un bien público, encontrándose este derecho situado entre el derecho público y el derecho privado. El derecho es

indivisible puesto que no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes, esto significa que es imposible que el derecho se divida en partes atribuidas a cada uno de los miembros del grupo. Los intereses de los miembros están tan íntimamente relacionados que si se satisface a un miembro del grupo, ello implica la satisfacción de pretensiones de todos ellos, y cuando los derechos de uno de los miembros son violados, ello implica la violación de los derechos de todo el grupo. Por lo tanto, cuando el derecho es indivisible, no es posible limitar la protección legal a miembros específicos del grupo.

Como ejemplo, en el caso de un derecho transindivdual y derecho indivisible es el caso de un anuncio de publicidad engañoso que lesiona a la comunidad como un todo; este derecho es indivisible porque la transmisión del anuncio no puede ser eliminada de sólo de una televisión y no de las otras. Por otra parte, el derecho individual a daños monetarios, por las lesiones causadas por el mismo anuncio pueden ser decididas en forma diferente por diversos tribunales, aunque las reclamaciones sean similares. Algunos consumidores pueden no convencer al Tribunal de que ellos fueron engañados por el anuncio o que el anuncio era falso, mientras otros pueden presentar un fuerte caso de pago de daños. Los derechos son indivisibles entre los miembros del grupo, y cada persona tiene su propio derecho procesal a exigir daños.

4. Los derechos del Grupo en la práctica

Los derechos difusos son aquellos relacionados con el medio ambiente y del consumidor. Se trata de derechos transindividuales y no individuales, pertenecen a todos y al mismo tiempo, a nadie en particular. No hay en ellos un derecho de propiedad en riesgo, por lo que no podrán aplicarse las reglas tradicionales del derecho. En una acción colectiva para la protección de los derechos difusos, el tribunal puede emitir varios tipo de órdenes: una orden para evitar daños futuros, una orden para restaurar la situación infringida, o el pago de una cantidad por daños que compensen el daño global causado a la comunidad o todos estos remedios, de acuerdo con las necesidades de cada caso específico.

Las leyes brasileñas de acción colectiva hacen cumplir ódenes de "hacer" o "no hacer" (*tutela especifica de obrigaçao de fazer ou no fazer)* ejercida a través de multas diarias. Sólo cuando una conducta específica no es posible, existe un pago por daños. Este pago se entrega a un fondo del Gobierno. En el caso de una acción por daños ambientales, el tribunal podrá obligar al contaminador a no depositar el desecho químico en la bahía, así como obligar al demandado a instalar un filtro, ordenar la limpieza de las aguas que fueron contaminadas o exigir el pago del daño global causado a los consumidores. Son en fin las obligaciones que también existen en nuestro derecho, de hacer y de no hacer, de restitución, restauración, de indemnización o cualesquiera otras que se requiera para subsanar el daño, la lesión a los afectados y evitar que éste se siga sucediendo.

Es importante señalar que aunque éste es un derecho difuso, en el que se encuentran comprometidos bienes de carácter indivisible, que pertenece a un grupo no identificable, ello no impide que ante el tribunal sean reclamados daños individuales por aquellos que efectivamente resulten

lesionados, ya sea individualmente, o por medio de la acción colectiva de daños individuales.

5. Derechos Colectivos

El Código define, los llamados *derechos colectivos*, al señalar que son aquellos de carácter *transindividual*, de naturaleza indivisible y cuyo titularidad corresponde a un grupo de personas "*ligadas entre sí*" (Art. 81, Parágrafo Único, numeral II).Los Derechos difusos, en contraste, son definidos por el precitado Código, como aquellos transindividuales e indivisibles, pero cuyos titulares son personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho tales como vivir en el mismo vecindario, comprar el mismo producto, ver el mismo programa de televisión, etcétera (Art. 81, Parágrafo Único, numeral I).

Los miembros del grupo en el caso de los derechos colectivos están ligados unos a otros, o a la contraparte, por una relación jurídica previa. La relación común preexistente hace que la pertenencia en un grupo sea más definida en el caso de los derechos colectivos que en el caso de los derechos difusos. Por ejemplo, cuando un Banco, una compañía de tarjetas de crédito o una escuela, cobran honorarios excesivos o ilegales a sus clientes; o una empresa de seguro médico rehúsa a dar tratamiento en el caso de ciertas enfermedades, todos ellos están violando los derechos colectivos de sus clientes.

En estos casos, existe una relación contractual que liga a todos los miembros del grupo (consumidores) con la parte opuesta (compañía). Por lo que la pretensión para que sea dada una orden (*injuctive claim*) en contra del demandado para que cese de cobrar honorarios abusivos o ilegales o para que cumpla sus prácticas conforme al derecho sustantivo caer en esta categoría. Como generalmente cada contrato se rige por las mismas reglas (usualmente las de un contrato de adhesión) y cada miembro está sujeto al mismo derecho sustantivo, la decisión sobre la legalidad de la conducta del demandado es idéntica para todos los miembros del grupo. Es una cuestión común de derecho (*common question of law*), que permite una sentencia uniforme que afectará los intereses de todos los miembros del grupo (Gidi, op. Cit., 59).

La ley define que los derechos colectivos son transindividuales e indivisibles. En algunos casos, el derecho colectivo puede ser verdaderamente indivisible, como cuando la controversia suscitada se refiere a la calidad de la educación impartida en cierta escuela. En este caso, no hay un derecho individual separado para cada estudiante. Este derecho de grupo a juicio de Gidi, es indivisible porque es imposible dividirlo en cuotas atribuibles a cada miembro del grupo. En consecuencia, no puede ser dividido en pretensiones individuales o limitar el remedio otorgado a miembros específicos del grupo.

Los intereses de los miembros del grupo están tan estrechamente relacionados que si la protección es otorgada a un solo miembro esto implicaría satisfacer las reclamaciones de todas las demás personas, y si los derechos de uno de los miembros son violados, esto implicaría la violación de los derechos de todo el grupo. Sin embargo, esto no será necesariamente correcto en todos los casos de derechos colectivos, a

diferencia de los ejemplos de los derechos difusos (contaminación de una bahía o anuncios por televisión) en los ejemplos anteriores de derechos colectivos el demandado puede cobrar honorarios ilegales o rehusar dar tratamiento a alguna persona, pero no a todos sus clientes. Además, un miembro del grupo puede tener éxito en su acción individual mientras que otro no. En estos casos, el derecho colectivo es divisible en derechos individuales que tienen los miembros del grupo. La indivisibilidad de los derechos colectivos deriva solamente de la autorización legal de tratar la controversia colectivamente dando la posibilidad de una sentencia uniforme e indivisible del caso. Desde este punto de vista, hay poca diferencia entre los derechos colectivos y los derechos individuales homogéneos. (Gidi, op. Cit., 60).

6. Derechos individuales Homogéneos.

Antonio Gidi, haciendo alusión a los derechos difusos y colectivos indica que son un nuevo producto de la ideología de finales del siglo XX, que buscan proteger el medio ambiente, a los consumidores y los derechos de las minorías , así como otros derechos de grupo mediante órdenes (*injuctions*) aplicables al grupo como un todo. Estos son por lo tanto una nueva categoría de derechos sustantivos, una abstracción creada por científicos legales enfocada a las necesidades contemporáneas de una sociedad de masas.

Frente a estos intereses transindividuales e indivisibles, el mismo artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor brasileño define los *intereses individuales homogéneos* como aquellos que siendo de carácter individual tienen, sin embargo, un "origen común" (fracción III). Estos intereses individuales son tratados colectivamente en virtud del origen común, y pueden ser reclamados judicialmente por medio de una acción colectiva, para obtener la reparación de los daños sufridos individualmente por los consumidores. En este caso, cada miembro del grupo es titular de un interés individual, divisible por naturaleza, tanto que cada uno puede presentar su propia demanda a título personal.

Así, en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, se consagró la tutela de los llamados "*intereses o derechos individuales homogéneos*" (Art. 81, Parágrafo Único, Numeral III) lo que abrió la puerta a las "acciones de clase" que buscaban la reparación de los perjuicios individuales (Duque, 2003, 270).

Esos *derechos individuales homogéneos*, se refieren a aquellos cuyos titulares se hallan en posiciones idénticas como colectivo, pero que a su vez, se encuentran legitimados para pretender determinados derechos individuales.

Esos particulares son definidos por el Código Brasileño como "*concurrentes en origen común*": estos serían, por ejemplo, los pensionados o los jubilados, quienes, como grupo se colocan en posición de igualdad, no obstante están legitimados para exigir derechos particulares, tales como el pago o cobro de las pensiones que les corresponden.

Los intereses individuales son tratados colectivamente en virtud del origen común, y pueden ser reclamados judicialmente por medio de una acción colectiva, para obtener la reparación de los daños sufridos individualmente por los consumidores. En este caso, cada miembro del grupo es titular de un interés individual, divisible por naturaleza, tanto que cada uno puede presentar su propia demanda a título personal.

Los derechos individuales homogéneos, sin embargo, son los mismos derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema del derecho civil como “derechos subjetivos”. El nuevo concepto de derechos individuales homogéneos sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción: la acción colectiva por daños individuales (*class actions for damges*).

Al explicar el autor el alcance de los Derechos individuales homogéneos , aclara como por ser una controversia masiva, muchas pretensiones individuales por daños pueden provenir de un origen común, motivo por el cual son llamados homogéneos; tal es el caso de una bahía contaminada , en la que los habitantes de un área pueden ser dañados por la contaminación, algunos pueden desarrollar problemas de salud, otros como los pescadores o los dueños de las tierras , pueden sufrir daños en sus propiedades. La pretensión colectiva que haga responsable al demandado con respecto a los miembros individuales del grupo, cae bajo el concepto de derechos individuales homogéneos.

Igualmente, la violación de derechos colectivos puede determinar la violación de una serie de derechos individuales relacionados. Las demandas individuales por daños sufridos por cada cliente, en el ejemplo

de una empresa de seguro médico que se rehúsa ilegalmente a dar un tratamiento, también cae dentro de esta categoría.

La ley brasileña no establece una definición clara de derechos individuales homogéneos: tan sólo menciona que ellos son derechos de un origen común, sin explicar lo que es un "origen común". El origen común es inherente a la más amplia pero más precisa noción de "cuestión común de derecho o de hecho" *(common question of law or Fac.)* utilizada en el derecho norteamericano. Es requisito indispensable para estos derechos de origen común que los derechos individuales tengan la misma o semejante causa de pedir. Esto es lo que define a los derechos individuales como homogéneos y permite que se les dé un trato y una sentencia uniformes. Los derechos o pretensiones, continúan siendo solamente una colección de derechos individuales personales separados (derechos subjetivos) individualmente apropiados para miembros del grupo.

Origen común nos dice Gidi, no significa que el origen de la pretensión sea necesariamente un solo acontecimiento ocurrido en un tiempo determinado, teniendo como resultado lesiones comunes, como sería el caso de una explosión, un accidente de aviación o la destrucción de un edificio. El acontecimiento que es el origen común de los hechos individuales homogéneos de hecho puede estar disperso en el tiempo y en el espacio, en tanto que los hechos estén relacionados tan estrechamente que puedan llegar a ser considerados legalmente uno mismo. En el caso de una bahía, el daño puede haber sido causado durante años de interminables desperdicios nocivos que se esparcían, y no por un acto aislado. En el caso de un anuncio publicitario engañoso, no importa si algunos individuos fueron engañados durante una transmisión y otros por

otra en una ciudad diferente, siempre y cuando exista suficiente vínculo entre los anuncios.

La acción colectiva brasileña por daños individuales es básicamente una acción colectiva parcial (*issue class action*), en oposición a su contraparte estadounidense. Su finalidad se limita a declarar la responsabilidad de un demandado. Si la acción colectiva tiene éxito, cada miembro del grupo debe llevar su propio caso al tribunal, para establecer que cada solicitante es un miembro del grupo (causalidad) y para probar la cantidad y la extensión de los daños individuales sufridos.

La acción colectiva parcial puede superar serios problemas de las complejidades del derecho, de hecho y de prueba en lesiones masivas (*mass torts*) especialmente en casos de lesiones masivas tóxicas (*mass toxic torts*), en las cuales los problemas de causalidad individual y daños son peculiares a cada miembro del grupo.

Las acciones colectivas brasileñas se ven limitadas seriamente en las pretensiones de mínima cuantía (*small claims class actions*). Conforme a la práctica tradicional de los países de derecho civil, después de haber determinado la controversia colectiva, los miembros del grupo deben comenzar nuevas acciones individuales para probar la causalidad y calcular los daños (liquidación de sentencia), y una vez finalizada la primera acción es necesario un nuevo juicio individual para que sea ejecutada la sentencia (ejecución forzosa).

Para los norteamericanos el cálculo individual de daños en el caso de la acción colectiva ha resultado ser simple, pudiéndose utilizar diversas fórmulas para ello como lo son los métodos estadísticos, la consulta de los

registros del demandado para proporcionar cálculos de daños individuales de los miembros del grupo. En estos casos la ley brasileña hubiera podido permitir al juez la condena por daños y perjuicios en la sentencia colectiva y ordenar el pago a los miembros del grupo: Sin embargo, no lo prevé de esta manera, ya que autoriza al representante a ejecutar la sentencia colectiva, si dentro de un año, solamente un número insuficiente de los miembros del grupo han ejercido acciones individuales por daños. El representante debe entonces probar la cantidad de daños causados a los miembros del grupo en su totalidad. La suma global del daño así obtenida será depositada en un fondo del gobierno para ser usada en la protección de los derechos del grupo semejantes a los que fueron violados (*fluid recovery*).

En Brasil las acciones colectivas parciales no deberían ser la regla sino la excepción en las acciones colectivas por daños individuales *(class action for damages*) y deberían ser una opción sólo en casos en los que el cálculo de daños individuales o la prueba de su causa individual (*individual causation*) no pueden ser logrados dentro del procedimiento colectivo principal.

Es así que el legislador brasileño al adoptar una definición de los derechos de grupo trató de ser preciso y amplio, lo cual no impide entender estos conceptos como categorías generales que pudieran ser interpretadas y adecuadas por el Tribunal cuando algunas de estas definiciones abstractas no coinciden con la situación de derecho colectivo. Dichas definiciones son abstractas siempre y cuando faciliten una comprensión más amplia de los tipos de derechos que pueden ser protegidos colectivamente en el tribunal (Gidi, op. Cit., 65).

7. El enfoque brasileño en la legitimación colectiva.

El artículo 82 del Código brasileño del Consumidor, confiere legitimación exclusiva para iniciar una acción colectiva en representación de los intereses del grupo al Ministerio Público, a la República Federal del Brasil, los Estados, los Municipios y al Distrito Federal, a órganos administrativos y asociaciones privadas (organizaciones no gubernamentales). Estas entidades pueden promover una acción colectiva en forma independiente o conjunta. No solamente el gobierno sino también las asociaciones privadas tienen legitimación para representar al grupo en el tribunal. Una asociación de consumidores o de ambientalistas desempeña un papel que se asemeja mucho al "Procurador General Privado". Los individuos sean o no miembros del grupo afectado, carecen de legitimación para demandar a nombre de los intereses, con excepción de la limitada legitimación de la acción popular.

Puesto que los miembros individuales del grupo no tienen legitimación para demandar en nombre del grupo, el requisito de la tipicidad (*typicality*) –común en el derecho norteamericano- no existe en el derecho brasileño. El legislador dio legitimación colectiva a entidades en reconocimiento a un interés social o comunitario de una acción colectiva y no –como en Estados Unidos– en referencia a un interés e iniciativa individual. Haciendo esto el legislador también sobrepasó las reglas técnicamente complejas de la legitimación creada por los tribunales sobre la legitimación de las asociaciones (*associational standing*) (Gidi, op. Cit., 73).

Aunque en la legislación brasileña no existen requisitos formales para la representación adecuada, el legislador estableció que cierto tipo de demandantes podían con equidad y adecuadamente representar los intereses del grupo, entendiéndose según el criterio legislativo que estas

entidades seleccionadas serían las más adecuadas representantes de los intereses del Grupo, incluso mejor que uno de sus miembros.

Este criterio legislativo de representación de los ausentes en Brasil, indica a nuestro modo de ver, que se pretende realizar una objetivación de los intereses del grupo a los efectos de no dejarlo en manos de otros intereses que pudieran entrar en conflicto a la hora de la representación, criterio éste que no es el más adecuado y plural puesto que no se puede prescindir de los sujetos verdaderamente legitimados, quienes al estar afectados o amenazados en sus derechos son los llamados a promover sus propias acciones colectivas.

Para garantizar la representatividad adecuada y asegurar un trato justo a los miembros ausentes del grupo, la ley brasileña exige que el Ministerio Público sea notificado de la aceptación de cualquier acción colectiva y que sea invitado a intervenir como observador, es decir, como observador neutral en forma desinteresada para monitorear el procedimiento, evaluando la representación adecuada con el fin de proteger los intereses del grupo y de sus miembros.

Por otra parte, la ley otorga la posibilidad de intervenir a estas entidades legitimadas ejerciendo un papel activo en la ayuda al demandante original, con la facultad de apelar o asumir el papel del representante si éste abandona el procedimiento.

Según Gidi (op. cit., 75), la renuencia de las jurisdicciones de derecho civil para otorgar legitimación colectiva a individuos puede ser mejor entendida al recordar algunas características de derecho Civil, particularmente la falta de una barra empresarial, la existencia de la regla de que el vencido es

condenado a pagar los honorarios del abogado del vencedor y las bajas cantidades otorgadas por daños y honorarios de abogados.

En el sistema norteamericano el verdadero representante del grupo en el tribunal es el abogado de grupo y no los miembros del grupo ni el representante. El abogado es abiertamente considerado como un empresario y la acción colectiva es considerada como una inversión privada del abogado. En este sentido, la literatura norteamericana ha reconocido que los mejores supervisores de los abogados de grupo son con frecuencia organizaciones que no son miembros del grupo, pero que tienen un interés especial en el tema del litigio. Las organizaciones facilitan al Juez la información necesaria para entender las consecuencias de sus decisiones, debido a su experiencia y al interés que posee en el asunto.

Los derechos individuales de los miembros del grupo no deben comprometerse si la sentencia judicial está en contra los intereses del grupo. La cosa juzgada no operará en consecuencia si la acción no tiene éxito debido a la falta de pruebas. En todo caso, la acción colectiva podrá intentarse de nuevo si es presentada con nuevas pruebas. Sin embargo, aunque los derechos individuales de los miembros del grupo puedan no estar implicados, si la sentencia es contraria a los intereses del grupo, un nuevo litigio de un derecho transindividual (difuso y colectivo) estaría impedido por la cosa juzgada, imposibilitando una segunda acción colectiva en protección al mismo derecho del grupo.

Para Gidi, (op. cit., 78),el legislador brasileño ha errado al no fijar guías que expresamente dieran poder a los jueces para que activamente evaluaran la representación adecuada en cada caso. El representante deberá ser una de las entidades autorizadas por la ley, por lo que la ausencia de una

representación adecuada de los intereses del grupo en el procedimiento no afecta a la cosa juzgada en la acción colectiva. Una vez otorgada y firme la sentencia colectiva, ésta sólo puede ser anulada por medio de un procedimiento independiente para revisión de sentencias firmes, limitado a reglas muy estrictas (acción recisoria).

Gidi advierte que la representación adecuada en Brasil es regulada débilmente, debido a que existe el temor infundado de que los jueces de derecho civil no tengan la capacidad suficiente de examinar la representación adecuada en cada caso, sin embargo, considera que el control de la adecuación de la representación de los intereses de los miembros ausentes no puede ser dejado completamente fuera del escrutinio judicial.

Los miembros ausentes del grupo no deben ser obligados por los actos de una representación inadecuada. La misma noción de una representación inadecuada debe ser vista como una no representación. Gidi sugiere aunque el tema no haya sido abordado por la legislación brasileña, que una representación incompetente de los derechos del grupo debe ser considerada como una violación al debido proceso legal garantizado por la constitución brasileña. En tales circunstancias, el tribunal debe desechar el caso, si el tribunal no lo hace e inadvertidamente decide sobre el fondo del caso, la sentencia no debe tener efectos de cosa juzgada.

8. El papel de las Asociaciones en la Protección de los derechos de Grupo.

El legislador brasileño al atribuir legitimación a las asociaciones privadas para asegurar la representación adecuada y los derechos del grupo estableció que las mismas deben cumplir ciertas condiciones. De acuerdo con la legislación brasileña las asociaciones no se limitan a defender los intereses de sus miembros, sino también los intereses del grupo entero que deben ser protegidos en la acción colectiva. Todos los miembros del grupo que, sean o no miembros de la asociación que inicia un litigio serán beneficiados del fallo y vinculados por la cosa juzgada. Un miembro del grupo puede ser o no miembro de la asociación actora y un miembro de la asociación puede ser o no miembro del grupo (Gidi, op. Cit., 82).

En Estados Unidos por el contrario, los requisitos para la legitimación de las asociaciones son más restringidas, tal como lo demuestra el caso en la que la Suprema Corte decidió que para tener legitimación (caso *Sierra Club vs Morton)* una asociación debe alegar que ya sea ella o alguno de sus miembros, han sido o podrían ser lesionados por la conducta del demandado. Un mero interés propio de la organización (*organizacional interest*) y la constante protección por los recursos naturales, y una larga experiencia con litigios es insuficiente para dar legitimación a la asociación como representante del interés público en una acción colectiva ambiental. En Brasil, no se necesita que la asociación esté previamente autorizada, certificada o reconocida por el gobierno para poder promover una acción colectiva. Sólo existen dos criterios legales:

1. La asociación debe cumplir el requisito previo de establecimiento por más de un año antes de intentar la acción colectiva: Sin embargo, el art. 82 del código del Consumidor Brasileño, autoriza a los jueces en caso de evidente interés social, a dispensar el requisito de la creación previa, permitiendo que

una asociación *ad hoc* establecida después de los hechos presentase una acción colectiva.

2. La asociación deberá poseer un programa bien definido, debiendo promover acciones colectivas solamente para protección de los intereses relacionados con los fines estatutarios (correspondencia entre derechos protegidos y fines institucionales).

Gidi (op. cit., 85) critica estas reglas considerando la falta de previsión del legislador debido a que resulta sumamente fácil crear una asociación con la simple voluntad de las partes y sin que exista exigencia de la Asamblea General de los miembros para promover la acción colectiva lo cual permite que la asociación pueda prescindir de sus miembros para autorizar la promoción de una acción colectiva, pudiendo prestarse por otra parte para fines personales o políticos.

La legislación brasileña no regula la representación adecuada, lo cual impide que exista control sobre la adecuada representación de los intereses de los miembros, pudiéndose caer en abusos que pudieran perjudicar a los miembros y al demandado. La única limitación a las acciones de los funcionarios se establece en casos de litigios de mala fe en los que se obliga a los que han iniciado la acción colectiva a responder por los honorarios de abogados, de una multa limitada y de los daños.

Las recientes innovaciones legislativas han incluido la restricción de la legitimación colectiva de las asociaciones, exigiéndose autorización previa de la asamblea de los miembros cuando la acción colectiva es promovida contra el gobierno. Lo cual podría violar el principio establecido en la

Constitución Federal, porque esta regla se aplica sólo en las acciones colectivas que adversan al gobierno.

Para Gidi, una solución al problema sería limitar la legitimación colectiva a las asociaciones previamente acreditadas por el gobierno (*government accreditation*). En un procedimiento administrativo breve, el gobierno evaluaría la capacidad, independencia, seriedad y representatividad de la asociación o lo que es lo mismo "su adecuación". La ley crearía diferentes niveles de representatividad para casos de diferentes objetos: asociaciones locales, regionales y nacionales que podrían tener legitimación para promover acciones colectivas locales, regionales y nacionales.

Sólo podría ser dispensada la acreditación por los Tribunales en circunstancias excepcionales como en casos urgentes, o a falta de otra asociación que represente la acción.

Una vez que una asociación inicia una acción colectiva en Brasil, el fin de la representación no se limita a proteger los derechos de sus propios miembros. Más bien, los derechos que disfruta el grupo entero, deben ser protegidos en la acción, y así todos aquellos perjudicados por el demandado a quien se le imputa una conducta ilegal serán representados en la acción colectiva.

Es así que para garantizar la representación adecuada es recomendable establecer requisitos suficientemente estrictos para descartar a aquellos que no representen adecuadamente los intereses del grupo, cuidando de no limitar la posibilidad de ejercer acciones colectivas a pocas asociaciones que puedan monopolizar dichas acciones. El hecho de que una asociación esté acreditada por el gobierno, no la autoriza a representar inadecuadamente

los intereses de grupo en el Tribunal. El Juez debe tener el poder de controlar la representación adecuada en cada caso específico aunque la certificación previa del gobierno haga el control judicial de la representación una tarea considerablemente más fácil.

Por otra parte, Gidi recomienda que la autorización previa de los miembros de la Asociación, debe ser obligatoria antes del inicio de cualquier acción colectiva que ésta lleve a cabo. El tribunal puede posponer tal autorización en casos urgentes; por ejemplo, cuando la prescripción negativa esté cerca, o en caso de medidas provisionales. Sin embargo, la autorización de los miembros no debe ser dispensable.

9. El Papel del Ministerio Público.

El Ministerio Público Estatal y Federal ha jugado un importante papel en la protección de los derechos de grupo en Brasil, proponiendo relevantes acciones colectivas para prohibir conductas ilegales o abusivas contra grupos en donde el “interés social” ha sido vulnerado. A pesar de la teoría sostenida por Mario Capelletti de que el Ministerio Público no se adaptaría a su nuevo papel de guardián efectivo de los nuevos intereses colectivos, pareciera ser Brasil la excepción al anquilosamiento del Ministerio Público que se experimenta en otras partes de Latinoamérica, entre ellas Venezuela, en donde las Instituciones no han asumido verdaderamente el rol que les asignan las leyes.

Los miembros del Ministerio Público brasileño fueron participantes activos en el comité que redactó las leyes de las acciones colectivas. Ellos son también los más activos representantes y los juristas con más autoridad en la interpretación de la legislación sobre acciones colectivas. Ha sido esencial la participación del Ministerio Público para la evolución de las acciones colectivas en Brasil, especialmente en la redacción y promoción de la legislación, en el desarrollo de precedentes y en la elaboración de comentarios académicos.

Se critica, sin embargo, la ampliación del poder Político del Ministerio Público, siendo considerado un cuarto poder en Brasil, lo cual en opinión de sus críticos, debilita la doctrina democrática de Gobierno, porque sus miembros son funcionarios públicos, no funcionarios electos. Además de ello ha recibido críticas por abuso de poder de funcionarios, así como de acciones colectivas promovidas por razones de publicidad personal y el deseo de llamar la atención. A juicio de Gidi, esto es manifestación de una sociedad apática y desorganizada, que carece de una madurez estructural en sus asociaciones y en los grupos organizados de intereses (*interest groups*). Opina el autor que con la expansión y desarrollo de las asociaciones en Brasil (desde una perspectiva organizacional y financiera), la sociedad en su conjunto puede jugar un papel más activo en la protección de los intereses de grupo. Si las asociaciones son protectoras de derechos de grupo por excelencia, sería políticamente erróneo colocar esta responsabilidad exclusivamente en hombros de los funcionarios públicos.

No podemos dejar de ver las semejanzas con nuestra situación en Venezuela, ya que a pesar de las diferencias legislativas, desde el punto de vista social y cultural las actitudes terminan siendo las mismas; lo que nos hace pensar que se requiere un cambio mucho más profundo en el sentir y

actuar de los ciudadanos para la interpretación y aplicación de la norma. Estas deben ser producto de nuestra madurez socio-legal y política, no de la simple prefabricación de fórmulas copiadas de legislaciones extranjeras que en nada se asemejan a la nuestra.

Creemos por nuestra parte que las debilidades de nuestra legislación, así como la de Latinoamérica en general, se deben a la falta de normativas propias. Durante mucho tiempo hemos tomado sistemas que no obstante ser avanzados, no se corresponden con nuestra idiosincrasia, lo que no ha permitido que internalicemos la Ley como sistema de vida.

Por otra parte, el desconocimiento de las leyes, su interpretación a favor de Privilegios adquiridos y al servicio del Poder son aspectos socio-culturales típicos de nuestros pueblos, que impide a pesar del vasto caudal legislativo existente, que las normas se desarrollen en un contexto de justicia e igualdad, bajo principios éticos y un sistema propio de convivencia que le permita avanzar hacia su perfeccionamiento.

10. Cosa Juzgada Colectiva.

La Cosa Juzgada en el *common law* y en el derecho civil (*civil law*) se asemejan sólo en la regla general que se expresa:”Una parte no puede invocar la misma causa de pedir dos veces”. Aparte de esta regla no existen más semejanzas pues se comienzan a distinguir visibles diferencias. En cuanto a la causa de pedir, en el sistema del *common law* es más amplia, ya que incluye el concepto de “preclusión de cuestiones” y “preclusión de

pretensiones". La preclusión de cuestiones impide el volver a litigar todos los temas que fueron pasos necesarios para obtener la sentencia de fondo, siempre y cuando esos temas hayan sido realmente litigados y decididos en la primera acción. La doctrina de la cosa juzgada en los países del *civil law*, tiene solamente preclusión de pretensiones.

En la tradición del derecho civil solamente las pretensiones formalmente llevadas a cabo en un procedimiento anterior están prohibidas de volver a ser litigadas. Demandas no hechas en una acción previa pueden ser objeto de un procedimiento posterior. La tradición del *common law* evita no sólo las demandas realmente hechas, sino aquellas que potencialmente pudieron hacerse pero que no lo fueron. En consecuencia, todas las reclamaciones que pueden hacerse entre las partes en un procedimiento derivado del mismo conflicto (*transaction*) deben ser hechas bajo pena de preclusión (Gidi, op. Cit., 96).

En el litigio individual la cosa juzgada obliga solamente a las partes en el procedimiento, y no perjudica ni beneficia a terceros. Este principio procesal establecido en las jurisdicciones de derecho civil se refleja en la vieja fórmula del derecho romano *res inter alios vel iudicata non nocet nec prodest,* aplicado además en el sistema legal norteamericano.

Existen dos soluciones para resolver el problema de la cosa juzgada en el litigio colectivo: o la ley da efecto obligatorio a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado (pro et contra), o la ley obliga a los miembros ausentes sólo si el grupo triunfa: preclusión unilateral (*one-way preclusion*), en la terminología del sistema norteamericano o cosa juzgada según *eventum litis* en la terminología del derecho civil.

La solución brasileña a la cosa juzgada establece un enfoque complejo y sofisticado a esta problemática según señala Gidi (op. Cit., 100), abarcando los aspectos benéficos de cada una de estas reglas extremas.

El artículo 103 del Código del consumidor de Brasil se refiere al efecto de la Cosa Juzgada de las acciones colectivas: La Ley prescribe que una sentencia colectiva obligaría a todos los miembros del grupo, pero la sentencia no puede perjudicar sus derechos individuales. Si la acción colectiva es decidida a favor del grupo, todos los miembros ausentes de éste se benefician de la cosa juzgada en la sentencia colectiva. Si es decidida contra el grupo, la pretensión del grupo está precluida, y no puede presentarse la misma acción colectiva de nuevo para ejercitar el mismo derecho, pero los miembros no están obligados por la sentencia colectiva. Ellos pueden aún presentarse ante los tribunales ejercitando acciones individuales en protección de sus derechos individuales.

El grupo en Brasil, tiene una sola oportunidad en el litigio colectivo. Si el grupo triunfa, el grupo como un conjunto y todos sus miembros se beneficiarán de la sentencia favorable. Si el grupo pierde, el derecho de grupo (colectivo, difuso, individual homogéneo) perecerá y otra acción colectiva sobre la misma pretensión colectiva estará extinguida. La sentencia colectiva obliga a todo el grupo, sea la sentencia favorable o no lo sea. Sin embargo, los derechos individuales que existen en la misma controversia no se extinguen y los miembros de grupo tienen la oportunidad de demandar individualmente para reivindicar sus derechos individuales.

Esta última posición nos parece que no toma en cuenta que los derechos e intereses supraindividuales lo son en razón de pertenecer a todos y a cada uno de sus miembros, de manera que no existe división ni separación entre

ellos. Dentro de la esencia del derecho colectivo o difuso que se reclama hay un derecho que pertenece a cada uno, pero que no por eso deja de ser colectivo; es por ello que no compartimos la idea de que se puede reclamar un derecho colectivo y uno individual por separado pues entendemos que son los mismos derechos, indivisibles por naturaleza. Decir que este sistema aplica, sería reconocer que son derechos individuales de naturaleza homogénea y que no existe un verdadero derecho supraindividual o transinvidual en ellos, como se le denomina en Brasil.

Gidi nos presenta un ejemplo de ello ratificando que el derecho transindividual de un grupo (derechos difusos o colectivos) está estrechamente interrelacionado con los derechos individuales de sus miembros. La violación de un derecho difuso (por ejemplo, la veracidad de los anuncios publicitarios) puede provocar la violación de una serie de derechos individuales que, como tienen un origen común, son llamados "homogéneos" (por ejemplo, daños individuales causados a los consumidores por el anuncio).

El objeto de la acción colectiva ejercitada para prohibir un presunto anuncio engañoso (*injuctive class action*) es impedir la difusión del mismo (una acción colectiva de no hacer en protección del derecho difuso). Si la acción colectiva es declarada con lugar, el anuncio será prohibido, beneficiándose todos los miembros del grupo, debido a los efectos obligatorios de la sentencia. En las acciones individuales por daños, los miembros del grupo no necesitarán probar que el anuncio fue erróneo, sino solamente tendrán que demostrar la relación de causalidad individual (causation) y el monto de los daños. Si la acción colectiva fracasa, el anuncio no será considerado engañoso y no será prohibido. Esta sentencia es cosa juzgada y el grupo ya no tiene una segunda oportunidad. Aunque el grupo ya no tiene derecho a proponer otra

acción colectiva para obtener la prohibición bajo la misma causa de pedir, los miembros del grupo no estarán vinculados en sus pretensiones individuales y podrán alegar en sus acciones individuales por daños que el anuncio es engañoso.

Debido a que en la acción colectiva las personas interesadas no son necesariamente partes en el juicio, o llamadas a comparecer en el tribunal o informadas de la existencia de la acción, el legislador brasileño consideró aceptable que una persona se beneficiara de la acción colectiva pero que no fuera perjudicada por ella, esto último en atención a la consideración de que algunas garantías procesales podrían ser violadas con una sentencia adversa que tuviera efectos preclusivos.

En consecuencia, en las acciones colectivas brasileñas, los beneficios de la sentencia colectiva se extiende a los miembros ausentes, los cuales no pueden ser perjudicados por una sentencia desfavorable. Para el derecho civil es una extensión *in utilibus* (del latín útil) de la sentencia colectiva al extenderse a los miembros ausentes si es favorable y *secuundum eventum litis*, porque depende del resultado del juicio.

La sentencia en una acción colectiva por derechos colectivos depende de la misma regla. En la acción colectiva para obligar a una empresa de seguro médico a efectuar un tratamiento de cierta enfermedad, la sentencia beneficiará a todos los miembros del grupo (clientes de esta empresa que hayan sufrido algún daño por la negativa del demandado. Los miembros del grupo, cuando intenten sus demandas individuales por daños, no necesitarán probar ilegalidad en la conducta del demandado. Solamente tendrán que probar la relación de causalidad y el monto de los daños individuales.

Caso distinto de lo decidido por la Corte Suprema Norteamericana que sostuvo que si el representante del grupo no demostraba que había una discriminación (racial o sexual) amplia contra todo el grupo, cada miembro ausente podría aún llevar su propia acción individual contra el mismo demandado para probar su discriminación individual. Si la discriminación amplia no es probada, la acción colectiva es rechazada, independientemente de la existencia de casos específicos de discriminación individual. (Caso Cooper vs Federal Reserve Bank of Richmond citado por Gidi, 103). Esta regla difiere de la brasileña, porque en *Cooper* el demandante de la acción individual está obligado por la sentencia colectiva y está impedido de alegar una discriminación amplia de grupo: las acciones individuales de los miembros están limitadas, a alegar una discriminación individual. Conforme a la ley brasileña, los miembros del grupo no estarán obligados por la sentencia colectiva, pudiendo promover una acción individual para alegar y probar una discriminación amplia, siempre y cuando el demandante exigiese solamente un remedio individual para reparar la violación de su derecho individual. La pretensión del grupo, sin embargo, está precluida.

En el caso de la acción colectiva para proteger los derechos individuales homogéneos, considerada una acción colectiva parcial: su finalidad se encuentra limitada a que se declare la responsabilidad del demandado. En caso de que tenga éxito la acción colectiva, cada miembro del grupo es beneficiado de esta declaración.

Sin embargo, cada miembro del grupo debe presentar su propio caso ante el tribunal para establecer que es un miembro del grupo (*causation*) y probar el monto y la extensión de los daños individuales sufridos .Si la acción colectiva se decide contra el grupo, sus miembros no son perjudicados por la sentencia colectiva y pueden promover sus propias acciones individuales

en defensa de sus derechos individuales. Si el miembro del grupo intervino en la acción colectiva quedará obligado por la sentencia desfavorable (art. 103, III y 103, párrafo, capítulo 10, Sección I).

11. Cosa Juzgada e insuficiencia de Pruebas.

Alejándose de los tradicionales principios del proceso civil individual, el legislador brasileño estableció que en caso de que la reclamación colectiva se estime sin fundamento debido a pruebas insuficientes no habría cosa juzgada. Cualquier representante de grupo podrá intentar nuevamente la acción colectiva para proteger el mismo derecho transindividual en el caso de que presente nuevas pruebas. Se sostiene que el hecho de que el representante no pudo encontrar o no presentó todas las pruebas significa que representó inadecuadamente los intereses del grupo ante el tribunal. Por una parte, la vigilancia judicial de la representación adecuada es más fuerte que en el sistema de los Estados Unidos, porque es objetiva: la inadecuación de la representación en la acción colectiva previa se presume si nuevas pruebas son presentadas en la segunda acción colectiva, y así, un análisis independiente de que la representación fue inadecuada no se exige. Por otra parte, el nivel brasileño de investigación, es menos fuerte al estar limitado a la insuficiencia de las pruebas. Si la acción colectiva no es bien fundamentada jurídicamente o si el abogado preparó el caso en forma incompetente, la sentencia desfavorable será cosa juzgada (Gidi, op. Cit., 115).

Para que esta excepción sea aplicable y no sea cosa juzgada la sentencia colectiva, es requisito indispensable que el juez expresamente reconozca en la motivación de su sentencia que ésta estuvo basada en una falta de pruebas. Sin embargo, no siempre puede el Juez estar seguro de ello: En el procedimiento civil estadounidense se aplica la regla relativa a la no anticipación de los efectos de la cosa juzgada por parte del Juez. De acuerdo con ello, según Gidi, la regla brasileña deberá interpretarse como que no se exige un reconocimiento expreso o tácito de la falta de pruebas en la sentencia colectiva anterior para que la acción colectiva que protege el mismo derecho del grupo pueda volver a intentarse. No es necesario que el demandante demuestre que no pudo obtener la prueba, su simple presentación será suficiente. En este caso la nueva prueba deberá ser lo suficientemente fuerte como para justificar la posibilidad de una decisión distinta, debiendo evaluarse en esta segunda oportunidad todas las pruebas presentadas en su conjunto incluyendo las que previamente se consideraron insuficientes.

Aunque pudiera parecer que el sistema brasileño parece frágil e ineficiente en cuanto al reconocimiento de la cosa juzgada, queda claro que la orientación del legislador es hacia la protección de las acciones colectivas, hacia la protección del colectivo por encima de los intereses meramente particulares. Gidi (op. Cit., 107) por su parte, anota las razones políticas que obligaron al legislador brasileño a adoptar un enfoque de la cosa juzgada que permita una nueva acción en caso de pruebas insuficientes, entre los cuales destaca la relativa novedad de las acciones colectivas, así como la indisponibilidad de los medios utilizados por los tribunales estadounidenses en el derecho civil brasilero para proteger los intereses de los miembros ausentes , la utilización de mecanismos tales como el *discovery* norteamericano, la poca habilidad profesional de los jueces en la evaluación

de la representación adecuada, las dificultades prácticas y cargas financieras para el establecimiento de un método de notificación eficiente a los miembros ausentes, en lo que también influye el bajo nivel político y conciencia de los ciudadanos para la creación de esa notificación adecuada, la insatisfacción de la población con el Poder Judicial, la falta de ética de las barras de abogados, la falta de desarrollo tecnológico y de información científica sobre productos peligrosos, la ausencia de una barra de abogados bien financiada y con espíritu empresarial, hace ver la necesidad de una regla más flexible sobre la cosa juzgada en el litigio de la acción colectiva .

Aunque el legislador haya querido privilegiar la Justicia por encima del proceso mismo, en nuestra opinión tal situación si no se interpreta adecuadamente, podría constituir el debilitamiento de la seguridad jurídica en relación a la cosa juzgada de las acciones colectivas en Brasil. Efectivamente, si no existe una Cosa Juzgada que otorgue certeza jurídica al demandado queda como expectativa de derecho la acción colectiva que pudiera intentarse. La forma de afianzar la Cosa Juzgada es con la motivación de la Sentencia, en la que el Juez deberá fundamentar la decisión tomada en las pruebas presentadas, o por el contrario, indicar si ha carecido de los elementos necesarios para su decisión en contra del demandado. De esta manera quedan claras las reglas del juego y abierta la posibilidad de una nueva acción colectiva.

Como consecuencia de la naturaleza de los derechos comprometidos en este tipo de acciones que involucran intereses supraindividuales, el derecho se flexibiliza y se adapta para hacer más efectiva la aplicación de la Justicia; cuidando eso si, de otorgar siempre la certeza jurídica que requiere toda decisión judicial.

A pesar de las fallas que pudiera presentar el sistema brasileño, el mismo es ejemplo en toda Latinoamérica para la defensa de derechos colectivos, lográndose así un importante avance en la materia. Uno de los aspectos que más nos llama la atención sobre este sistema, se refiere a la participación de los ciudadanos en el ejercicio de acciones colectivas. Otro aspecto fundamental es el hecho de que se hayan regulado las acciones colectivas de los derechos del grupo, todo lo cual trae una importante participación ciudadana que es la verdadera finalidad de la norma.

CAPITULO VIII
LA DEFENSA DE LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES POR LOS GRUPOS.

A. LOS GRUPOS

A pesar de la importante función que pueden desempeñar las diversas organizaciones sociales en la defensa de determinados intereses supraindividuales, no se requiere para que un interés de esta naturaleza sea pretendido en juicio o considerarse tutelable, que sea defendido por una organización social, o una estructura legitimada como portadora de dicho interés en el proceso.

La doctrina muchas veces ha vinculado la naturaleza de los intereses colectivos y difusos a la existencia de un colectivo que actúa en el marco de una organización social con personalidad para ser portadora de un interés. Estas orientaciones han venido siendo seguidas especialmente por la doctrina y jurisprudencia italiana que fundamenta su tesis en la teoría de la *"Subjetivación del interés colectivo en un ente exponencial*", según lo ha expresado Gianini.

Según este planteamiento se buscan estructuras para la tutela de intereses difusos con el fin de subsanar su falta, debido a la naturaleza objetiva de

éstos y que los intereses se dirigen hacia el mismo objeto, lo cual impediría su tutela jurisdiccional, siendo la solución otorgar a este interés una subjetivación efectiva. La asignación a estos intereses de una estructura de la que carece por definición busca la conexión entre estos intereses y grupos a los fines de que aparezcan como su portador. Esta técnica ha sido denominada “Estructura de la imputación”. En consecuencia, los intereses difusos dotados de estructura adquirirían la naturaleza de intereses colectivos, lo cual según el análisis que realiza Gutiérrez (op. Cit, 300) según esta concepción resultaría en una verdadera transformación o mutación genética.

Se tendrá entonces para esta posición por interés colectivo, el que porta un sujeto colectivo, no es posible la individualización de los intereses colectivos, siendo el único criterio para asignar fisonomía y límites a esta categoría el de la cualificación del sujeto el de la organización.

Tal criterio no es aceptable al partir de un supuesto falso, ya que un interés colectivo no se hace colectivo, ni interés tutelable por el hecho de que lo porte un ente colectivo”. Así mismo, la falta de organización de un grupo no impide que pueda existir una lesión de sus intereses, los cuales emergen como consecuencia del acto lesivo, por lo que resultaría difícil encontrar un ente preexistente que les sirva de defensor. Por otra parte, no puede obligarse a la colectividad a organizarse con todas las formalidades que ello comporta a los fines de la defensa de sus intereses.

Para algunos estudiosos europeos tales como Ghidini, Vigoritti y Denti (1978 y 1982, citados por Gutiérrez Op. Cit., 301), la protección de ninguna manera puede hacerse depender de formas de organización colectiva de defensa de este interés, tal como lo ha sostenido .Y que las acciones

colectivas no debían ser promovidas por sujetos colectivos, pudiendo ser ejercidas perfectamente por individuos cotitulares de los intereses comunes, pues lo importante, no es la calidad del sujeto agente sino la dimensión del interés deducido" a pesar de que la opinión favorable a la formaciones sociales puede encontrar justificación en el plano de la oportunidad; se dice también que la defensa de intereses difusos es acción colectiva también cuando se hace valer por el particular portador del interés y no sólo cuando es promovida por el grupo o la asociación .

4. La Capacidad de los Grupos

La actuación procesal de las personas jurídicas no plantea mayor problema en cuanto a la capacidad para ser parte procesal, sin embargo, con respecto a los grupos la situación cambia, pues surgen problemas en dos sentidos:
Debe analizarse si los conceptos de personalidad y capacidad jurídica tienen un mismo significado. Ante esta cuestión surgen principalmente dos posturas:

a) Los que niegan que pueda existir capacidad sin personalidad jurídica. Pues la capacidad sólo existe en aquellos que tienen personalidad, es decir, las personas físicas o jurídicas; la capacidad jurídica sería una proyección de la personalidad o cualidad de ésta. No podría en consecuencia admitirse según esta posición la condición de sujeto de derecho de un ente o realidad, o en este caso de agrupaciones sin personalidad, las cuales no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones.

b) La de los que sostienen que puede existir capacidad sin personalidad, con fundamento en el concepto de subjetividad jurídica.

Para sostener esta posición alega Ferrara (1983, citado por Gutiérrez, op. Cit., 314).) que la personalidad jurídica es un modo de regulación, un procedimiento de unificación que ciertos fenómenos de asociación o de organización reciben del derecho objetivo, pero no puede ser el único, ciertamente es el arquetipo, pero no constituye la única forma en la que se manifiesta el fenómeno asociativo, ya que en determinadas ocasiones, el ordenamiento no llega a conceder personalidad jurídica pero unifica normativamente a otras entidades, convirtiéndolas en centros de imputación de efectos jurídicos , de modo que surgen figuras subjetivas, que no están calificadas como personas jurídicas

Así se constata, la existencia de ciertos conjuntos de bienes o personas, que sin tener personalidad jurídica independiente, son tratados unitariamente por el derecho como punto subjetivo de referencia de situaciones jurídicas, es decir, a los que éste atribuye capacidad.

Por todo lo cual podemos concluir que subjetividad jurídica y personalidad jurídica no son términos equivalentes, ya que existen sujetos de derecho (y capacidad) sin personalidad, capacidad que les ha sido explícitamente reconocida a determinados entes carentes de personalidad, tanto por vía legal como jurisprudencial, en el nuestro y en otros ordenamientos

Uno de los ejemplos palpables de situaciones o realidades al que consideramos necesario referirnos es el de los pueblos indígenas, a los cuales la ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de fecha 27 de Diciembre de 2005, les ha concedido personalidad jurídica y autonomía para

autogestionar y administrar su propia forma de vida. La ley establece en este sentido:

> La presente Ley tiene por objeto establecer los principios y bases para:
>
> […]
>
> 5. Garantizar el ejercicio de los derechos colectivos e individuales de los pueblos, comunidades indígenas y de sus miembros.

Más adelante, la misma ley reconoce el derecho de autogestión y personalidad jurídica de estos pueblos:

> […]
>
> 7. Se reconoce la personalidad jurídica de los pueblos y comunidades indígenas a los fines del ejercicio de los derechos colectivos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, convenios y Pactos Internacionales ratificados por la República y demás leyes, su representación será determinada por los pueblos y comunidades indígenas, según sus tradiciones, usos y costumbres, atendiendo a su organización propia, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución de la república Bolivariana y la Ley.

Cada una de las comunidades funciona con una estructura orgánica natural que gira en torno al jefe o “capitán”, existiendo en ella toda una normativa de consenso que regula el funcionamiento de la comunidad.

Sin embargo, los obstáculos de grupos para que acceder a la tutela judicial efectiva de sus intereses comunitarios, se presentan cuando solicitan reconocimiento y protección de sus derechos e intereses colectivos. No obstante estar reconocida la personalidad jurídica de estos pueblos, se les exige constituirse en un ente o asociación Civil de acuerdo a las leyes comunes a los efectos de la reclamación y defensa de sus derechos o de la

actuación en actos jurídicos válidos, lo cual a nuestro juicio parece un contrasentido o mas bien el desconocimiento de una realidad jurídica preexistente.

Es así que estos pueblos y comunidades han constituido organizaciones (Federación Indígena del Estado Bolívar, Orpia, CONIVE, etc.) para la protección y tutela de sus derechos, lo cual nos deja con cierta inquietud al preguntarnos ¿Y es que acaso estos pueblos necesitan para la defensa de sus derechos e intereses una estructura asociativa formal? ¿Por qué a pesar de que la Ley les reconoce expresamente en un texto normativo su personalidad jurídica y estructuras originarias, no tienen capacidad para obrar jurídicamente, si no es a través de su adecuación a las estructuras formales? ¿No bastan acaso los comunes intereses que comparten, así como la lesión o amenaza que sufren, para ejercer las acciones que otorga la ley?

Resulta de especial interés el caso de los Consejos Comunales, que con la promulgación de la Ley, se han intentado implementar en las comunidades indígenas sin éxito, puesto que su creación y funcionamiento se contrapone a las estructuras tradicionales de los pueblos indígenas, lo cual ha traído entre las comunidades gran polémica pues ello implica la creación de estructuras y autoridades paralelas a las ya existentes, así como el otorgamiento de recursos para ser administrados por los órganos no tradicionales. A nuestro entender ello crea división y desajuste pues no se han tomado en cuenta las especificidades propias de estos pueblos, desconociendo así el derecho a su autonomía, cultura, costumbres y organización política.

Quizá se trata de que entendamos que la organización no se impone, sino que se crea en base a un orden de necesidades, ideales y fines comunes de una manera natural, cohesionándose de manera articulada ante las situaciones que ameritan ser resueltas.

En el caso que mencionamos, sin embargo, para entrega de los créditos otorgados por el estado, destinados a proyectos de carácter socio-económico, los indígenas de los diferentes pueblos, deben conformarse en Asociaciones que los acrediten con la personalidad jurídica necesaria (de la que supuestamente hasta ese momento carecía su comunidad) y constituir consejos comunales, para permitirles asumir derechos y obligaciones como grupo u organización.

Esto nos lleva a la conclusión de que la formalidad no es esencial a la existencia de la personalidad, la cual es previa al acto que la configura. Es por ello que la formalidad del acto de protocolo de la asociación, -en el caso de las comunidades indígenas- no surte efecto más que en la forma, pues en su esencia y por su propia naturaleza, el grupo posee capacidad para realizar actos jurídicos válidos y esto es lo que constituye su verdadera personalidad jurídica cohesionada por unos fines comunes a todos sus miembros. Siendo por otra parte el reconocimiento del acceso a los tribunales un derecho humano fundamental.

2. Capacidad Jurídica sustantiva y procesal.

No puede establecerse una “identificación absoluta entre la capacidad jurídica sustantiva y la capacidad para ser parte, partiendo de que la capacidad para ser parte no es sino una proyección o manifestación de la capacidad jurídica general” Gutiérrez (Ibid., 316). Se aprecia en este sentido que si bien el derecho procesal reconoce la capacidad para ser partes a todos aquellos entes que poseen personalidad jurídica, la experiencia nos muestra como por razones prácticas y de justicia, es preciso reconocer capacidad para demandar y ser demandados a determinados entes, no dotados de personalidad jurídica, lo que demuestra que la capacidad jurídica procesal puede ser –y termina siendo- un concepto no idéntico, sino más amplio que la personalidad jurídica, definida por el derecho sustantivo.

Es de esta manera que si hay sujetos individuales que representan a otros sujetos individuales, sujetos individuales que representan a otras personas jurídicas , debe existir sujetos que representen a entes colectivos, uniones de personas (con o sin patrimonio). Si se acepta la representación en el proceso por medio de este sujeto individual cualificado, tendrá que concederse capacidad para ser parte a lo que representa. La cuestión es que sean entes lo suficientemente cohesionados para ser objeto de tratamiento jurídico unitario (Ibid., 317).

En este ejemplo entran los casos de los entes sin personalidad como los patrimonios autónomos , las sociedades irregulares, las comunidades de bienes y de propietarios y las uniones sin personalidad, a los cuales la doctrina y la jurisprudencia les ha reconocido capacidad jurídica, reduciéndose en la mayoría de los casos el problema a quien – que persona u órgano- (albaceas, administradores testamentarios o judiciales, gestores o representantes) es el que va a comparecer, a menos que estén

determinadas (caso de los propietarios en régimen de propiedad horizontal respecto a su Presidente).

Los Grupos para Gutiérrez no giran en torno a una comunidad de bienes por no estar formados tomando como derecho de referencia derechos de copropiedad sobres éstos y sus miembros pueden ser muy numerosos. Algunos autores opinan que existen cierto parecido de los grupos y las uniones sin personalidad.

Silgueiro (op. Cit., 140-141) concibe a los grupos como entes sin personalidad, aunque no mantiene la pureza del concepto al hablar de grupos con una estructura jurídica más o menos organizada, dotados de personalidad jurídica.

Los grupos están caracterizados por ser siempre “posteriores”, ya que surgen tras y como consecuencia de actos que provocan el conflicto jurisdicicional, generándose entonces el interés que configura al grupo, lo cual no sucede con las comunidades de bienes o uniones sin personalidad.

Para ellos se han adoptado diferentes soluciones en materia de capacidad:

a) ***La de considerar que el grupo como tal tiene capacidad para ser parte*** procesal sin perjuicio de requerir actuar por medio de un órgano o portador del interés del grupo. En esta posición se sitúan quienes consideran que el grupo puede actuar en el proceso creándose una nueva situación subjetiva procesal, a través de un representante ya que al carecer de una representación formal, debería actuar mediante un representante oficioso nombrado en asambleas representativas, pero sin respaldo jurídico tradicional, evitando el otorgamiento de

poderes multitudinarios, lo cual constituiría un verdadero obstáculo para acceder a una tutela judicial efectiva.

b) ***La de que carecen de capacidad para ser parte***, por lo que en caso de que se aceptara que sus derechos e intereses merecen tutela jurisdiccional habrían de buscarse otros mecanismos que la hicieran posible. En esta posición se sitúa Silgueiro quien establece una relación entre la capacidad para ser parte y la personalidad, vinculando en todo momento la falta de personalidad a la carencia de capacidad jurídica y a la posibilidad de ser parte en el proceso, negando que los grupos puedan tener tal capacidad; establece así mismo que los grupos tienen tal capacidad porque así se lo reconoce expresamente el ordenamiento jurídico; en cambio, no tiene capacidad porque no puede tenerla. Para salvar esta limitación establece que la legitimación corresponde al grupo y la capacidad para ser parte a los concretos individuos que lo integran (Silgueiro, op.cit. 134-144).

Para hacer un análisis de estas posiciones debemos indicar en primer lugar que no es conveniente establecer un necesario paralelismo entre la capacidad y la personalidad, por lo que no debe negarse a priori la capacidad para ser parte de los grupos.

Sin embargo, debemos acotar que este problema de la capacidad de los grupos puede ser algo aparente al no ser necesario requerir la actuación del grupo como parte representado por un portador o gestor del interés.

En nuestro ordenamiento jurídico procesal se admite como partes en juicio a las personas naturales, las personas jurídicas y, por excepción, a las sociedades irregulares, asociaciones o comités que sin tener personalidad

jurídica están dotados de capacidad para ser partes por determinación del artículo 139 del Código de Procedimiento Civil.

> **Artículo 139 CPC**
>
> Las sociedades irregulares, las asociaciones y los comités que no tienen personalidad jurídica, estarán en juicio por medio de las personas que actúan por ellas o a las cuales los asociados o componentes han conferido la representación o la dirección. En todo caso, aquellos que han obrado en nombre y por cuenta de la sociedad, asociación o comité, son personal y solidariamente responsables de los actos realizados.

La ley reconoce cualidad para estar en juicio a universalidades de bienes carentes de personalidad jurídica, sin sustrato personal, siendo ese el caso de la herencia yacente (artículo 1062 C. Civil), representada por un curador, o a una simple reunión de personas y bienes, sin fines asociativos, como la masa de acreedores en la quiebra, representada por un síndico (art. 940. Código de Comercio).

Asimismo, fuera de los casos señalados no es admisible una demanda que se proponga contra un ente u organización que carezca de personalidad jurídica, como cuando se demanda a un animal o a un fondo de comercio.

Por la negativa de admitir demandas incoadas contra entes carentes de personalidad jurídica se ha pronunciado la Sala Constitucional en fecha 8/2/2002, sentencia Nº 183 en la que dejó asentado: "…De allí, que como principio general, no deben admitirse demandas contra entes sin personalidad jurídica, como fondos de comercio, denominaciones mercantiles, etc., a menos que se trate de sociedades irregulares u otras señaladas en el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil…".

La Sentencia de la sala Constitucional en fecha 21 de noviembre de 2000 (Caso Gobernador del Edo. Mérida vs. Ministerio de Finanzas) estableció con respecto a los entes sin personalidad jurídica lo siguiente:

> Así como existen derechos e intereses difusos y colectivos, diferentes a los derechos individuales, y que pueden ser ejercidos por personas naturales o jurídicas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha otorgado derechos a entes colectivos sin personalidad jurídica distintos a las contemplados en el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil; derechos que, a diferencia de los difusos o colectivos *stricto sensu,* no persiguen mantener o mejorar la calidad de la vida, sino proteger bienes públicos o colectivos que no pertenecen a una sola persona o que no pueden ser disfrutados por un solo individuo, derechos que resultan puntuales, como serían –por ejemplo- los derechos de las minorías étnicas a mantener su diversidad cultural, lenguaje, etc., (artículo 121 de la vigente Constitución). Se trata de derechos, por lo regular específicos, como lo son los derechos a participar en determinadas actividades, otorgados al pueblo, a la ciudadanía, a la comunidad y otros entes semejantes, y que constituyen otra categoría de derechos colectivos diversos a los difusos y colectivos estrictos.
>
> […]
>
> Mientras la ley no los determine, y les dé contenido que permita diferenciarlos nítidamente a los efectos del ejercicio de estos derechos, pueblo, comunidad, grupo, sociedad civil, sociedad civil organizada, etc, forman entes colectivos que hasta podrían ser idénticos, pero que para ejercer los derechos colectivos que la Constitución y las leyes pudieran atribuirles, se hace impretermitible para esta Sala determinar quien puede obrar legítimamente en su nombre, sobre todo por la tendencia que existe en el foro, de que estos entes cuyos directivos o representantes no son producto de elecciones o de un régimen legal que permita determinarlos, puedan ser representados por personas que obran en desmedro de otras que si son producto de la soberanía popular o de un consenso mayoritario.

[…]

La situación de los entes sin personalidad jurídica es distinta, ya que la sociedad civil, la comunidad, la familia, la etnia -por ejemplo- está conformada por un conjunto de individuos a veces con intereses opuestos, o que teniendo netas concurrentes desean concretarlas de manera diferente, e indudablemente los derechos de los entes colectivos sin personalidad jurídica no pueden ser utilizados por uno de los componentes del conjunto, si los otros no están de acuerdo.

No ocurre así con los derechos o intereses difusos o colectivos propiamente dichos, ya que ellos persiguen mantener la calidad de la vida, lo que interesa a todas las personas de un conglomerado (incluyendo al juez), así no lo entiendan, o así haya grupos que no les interese la mejoría de dicha calidad. La protección del medio ambiente, es un bien que puede ser ignorado por unos, o discutido por los que se aprovechan de él, pero el Juez que conozca de las acciones protectivas, no necesitará para juzgar los daños al ambiente, determinar si existe o no oposición por parte de los miembros del conglomerado social, para proceder a sentenciar en contra de los transgresores, bastándole constatar el daño que se causa a la colectividad, así ésta no lo acepte. Por ello, en sentencias de 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala estableció, que mientras no existan leyes que los limiten, las acciones por derechos e intereses difusos o colectivos, dirigidos los primeros a proteger la calidad de la vida, podrán no sólo ser incoadas por organismos públicos o privados, sino por los particulares, como consecuencia del derecho de acceso a la justicia que el artículo 26 de la vigente Constitución consagra, ya que a través de tales derechos, se persigue el beneficio común.

[…]

Estos entes colectivos sin personalidad jurídica, tienen que ser representados por alguna persona, pero el conglomerado que forma parte del ente puede tener contradicciones internas, hasta el punto que no exista ningún tipo de acuerdo. De allí, que lo primordial, ante tal panorama, es reconocer quién representa a la sociedad civil, a la comunidad, a la

familia, al grupo, es decir, identificar por boca de quien se van a expresar.

Corresponde a la ley hacer tal señalamiento, pero como los derechos constitucionales no pueden quedar suspendidos en su ejercicio, esperando a que se dicten o no las leyes, mientras tal concreción legal no se produzca, esta Sala debe hacerla a los fines de dar curso a las acciones que intenten dichos entes. Cuando, por ejemplo, el artículo 121 de la vigente Constitución expresa: 'Los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto', la pregunta que surge es ¿Quién representa a los pueblos indígenas, y como se adquiere tal representación?

[…]

Resultado de lo anterior, y hasta que la Ley no determine cómo se estructurará la representación en juicio de los entes colectivos sin personalidad jurídica (tal como lo hace la Constitución –artículos 185 o 206 por ejemplo- al remitir a futuras leyes los mecanismos de participación ciudadana de estos entes), ella corresponderá a una pluralidad de organizaciones con personalidad jurídica, cuyo objeto esté destinado a actuar en el sector de la vida donde se requiere la actividad del ente colectivo, y que –a juicio del Tribunal- constituyan una muestra cuantitativamente importante del sector.

[…]

El que la comunidad (y por tanto la sociedad, grupos, etc.) actué a través de entes organizados, es reconocido por la propia Constitución en el numeral 2 del artículo 184, cuando prevé que ellos participen por medio de las asociaciones vecinales (regidas por la Ley Orgánica de Régimen Municipal) y de las organizaciones no gubernamentales, las cuales requieren personalidad jurídica, a fin de que exista autenticidad sobre su organización y sus formas de obrar.

En consecuencia, entendemos que nuestro máximo Tribunal se orienta en el sentido de que los grupos deben encontrarse organizados y poseer personalidad jurídica para obtener capacidad de obrar en el ámbito procesal.

3. La actuación procesal de los grupos y la legitimación

El mecanismo de comparecencia y actuación en juicio de los grupos para la defensa en juicio de sus intereses, deberá si no existe regulación expresa para ello, articularse mediante la actuación de un gestor o "portador "del interés del grupo que actuará en su nombre.

Sin embargo, en los caso en que la problemática se plantea puede que no sea necesario que el grupo actúe como parte, pues el interés de los particulares puede tomar forma propia, de forma que el miembro del grupo afectado despliegue una verdadera y propia legitimación "ad causam" dándose una legitimación compartida pero divisible (por categoría) de los diversos interesados, caso en el cual lo que se tutela es una situación jurídica en la que el beneficio que se deriva de su pretensión es atribuible a esa persona en particular como titular de un interés legítimo aunque otras personas también ostenten un interés igualmente legítimo en relación con la misma situación. En este caso aunque la relevancia jurídica de la situación tenga una relevancia supraindividual, cada uno de los miembros de una determinada colectividad de referencia ostenta un interés legítimo y propio. En consecuencia, se defiende el interés del grupo mediante la acción de uno sólo de los miembros viéndose beneficiado el grupo de la eficacia jurídico-

material o fáctica de la sentencia (constitutiva y de condena respectivamente) que se dicte.

Un interés de grupo, que es un interés común y solidario de un conjunto de personas no se debe confundir con lo que son propiamente derechos individuales (que aunque sean plurales y homogéneos son indisponibles por terceros sin el consenso de su único titular y dependen en su existencia de circunstancias particulares de cada uno).

B. LAS ASOCIACIONES EN EL AMBITO CIVIL

Nuestra Constitución Nacional establece la protección para los entes asociativos, garantizando su fomento y desarrollo:

> **Artículo 72.** El Estado protegerá las asociaciones, corporaciones, sociedades y comunidades que tengan por objeto el mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social, y fomentará la organización de cooperativas y demás instituciones destinadas a mejorar la economía popular.

La necesidad de defensa de los intereses supraindividuales trae como consecuencia lógica el surgimiento y desarrollo de cuerpos sociales intermedios de profunda trascendencia y repercusión que sin fines de lucro, congregan a los ciudadanos para la prestación de servicios o satisfacción de

intereses que no pueden realizar de manera individual, o por lo menos más fácil y efectivamente de forma organizada.

Las organizaciones por otra parte, presentan menor grado de dificultad en el acceso a la jurisdicción para la defensa de situaciones jurídicas que los particulares, debido a que no sufren en igual medida las limitaciones y obstáculos financieros, culturales, organizativos, etc., lo cual las dota de mayor disponibilidad ante las exigencias de tutela de los intereses supraindividuales.

En España, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo no tienen legitimación para defender este tipo de derechos e intereses, por lo que el ordenamiento de ese país se ha inclinado por la solución de potenciar los cuerpos sociales intermedios encargados de la defensa de derechos e intereses colectivos y difusos, tal como se establece en el artículo 20 LGDU (Ley general para la defensa de Consumidores y usuarios) y en el artículo 11.1 de la Nueva ley procesal civil respecto de la protección de los intereses de los consumidores.

Las organizaciones sociales a las que nos referiremos, como personas jurídicas gozan de capacidad para ser parte y poseen capacidad procesal, que actúan a través de sus órganos estatutarios (de la persona física para cumplir esta función) para suplir su falta de apariencia física.

1. Legitimación Individual de los miembros

En el caso de las asociaciones que defienden los derechos de sus asociados, nos encontramos ante la defensa de derechos auténticamente individuales de los que son exclusivamente titulares los miembros de la Asociación, personas perfectamente individualizadas y determinadas. Nada tiene que ver, por tanto, esta prohibición legal con una supuesta legitimación colectiva de la asociación; incluso en caso de que por la simultánea afección de diversas personas derivadas de unos mismos hechos la asociación defienda en un mismo litigio los derechos de varios miembros de la asociación. Por más que la asociación actúe en nombre de varios asociados, la asociación defiende en juicio derechos individualizados y personales (no un interés colectivo) de sus asociados o, en todo caso, aquellos que en líneas precedentes denominábamos “derechos individuales plurales conexos” (las posiciones jurídico- subjetivas materiales defendidas son individuales, si bien el problema fáctico y por ende, jurídico, adquiere dimensión colectiva –más propiamente , plural- por encontrarse involucrados en él diversas -o incluso bastantes- personas). Por esta razón y como veremos más adelante, podría ejercitar pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, lo cual habría de producirse mediante el expediente de la acumulación de acciones individuales

5. Representación de la Asociación

Las asociaciones de consumidores podrán representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos.

Habrá que determinar en cada caso si la participación de los miembros es tácita o presunta, si se comparece en nombre y defensa del asociado

perjudicado, por lo que estaríamos ante un caso de representación, o si la asociación actúa en nombre propio por lo que su actuación responde a los parámetros de la sustitución procesal.

Calificar el tipo de participación es necesario ya que de esto se derivan consecuencias prácticas, pues de la condición de representante o sustituto, se sigue el que sea o no parte y de ello a su vez el que se pueda o no ser testigo o perito; que pueda o no prestarse confesión; que se pueda o no dar la intervención procesal; que pueda o no referirse a un sujeto las circunstancias determinantes de la recusación y tachas de testigos; que se pueda o no ejercitar la reconvención, así como la determinación del sujeto de los derechos, cargas y deberes procesales, como la condena en costas y el beneficio de justicia gratuita (Gutiérrez, Op, cit., 234).

Existe sustitución procesal cuando la ley habilita para intervenir en un proceso, como parte legítima a una persona que es ajena a la relación jurídica sustancial que ha de discutirse en ese proceso.

La sustitución procesal constituye un ejemplo de sustitución procesal anómala o extraordinaria, pues a través de ella se opera una disociación entre el sujeto legitimado para obrar en el proceso y el sujeto titular de la relación jurídica sustancial en que funda la pretensión.

Esta figura se diferencia de la representación en la circunstancia de que, mientras el sustituto reclama la protección judicial en nombre e interés propio, aunque en virtud de un derecho vinculado a una relación jurídica ajena, el representante actúa en nombre de un tercero -el representado- y carece de todo interés personal con relación al objeto del proceso.

De lo dicho se sigue que el sustituto a diferencia del representante, es parte en el proceso. Tiene, por ello, todos los derechos, cargas, deberes y responsabilidades inherentes a tal calidad, con la salvedad de que no puede realizar aquellos actos procesales que comporten, directa o indirectamente una disposición de los derechos del sustituido (confesión, desistimiento de derecho, etc.).

No obstante la legitimación autónoma y originaria que reviste el sustituto procesal, el demandado puede oponer a su pretensión las mismas defensas que cabrían contra la pretensión del sustituido, desde que ambas tienen sustancialmente el mismo contenido.

La sentencia pronunciada con respecto al sustituto produce, como principio, efectos de cosa juzgada contra el sustituido, aunque éste no haya sido parte en el proceso.

Gutiérrez se hace esta interrogante y responde a ella que en el caso de las asociaciones opera un supuesto de representación y no de sustitución procesal y para ello argumenta las siguientes razones:

En primer lugar depende del significado y contenido que se otorgue a la sustitución procesal ya que para él la clave se encuentra en concretar la conexión que existe entre el legitimado y el sustituto, entre los supuestos derechos materiales de la asociación y su miembro perjudicado.

No existe un derecho o interés material que le legitime o conceda acción propia pues la asociación requiere del consentimiento del asociado, titular del derecho material lesionado, para poder comparecer en el proceso en defensa de aquél, y que es destacado incluso por algunos de quienes conciben este supuesto como sustitución procesal. (op. Cit., 236). Ello es

muestra de que la asociación de consumidores no puede actuar con independencia de la voluntad del lesionado, como sucede en los casos de legitimación por sustitución.

6. La Legitimación individual ordinaria

La asociación también podrá actuar en nombre y por cuenta propia, afirmando derechos propios, privativos, de los que se pretende titular como persona jurídica, por lo que éste es un supuesto de legitimación ordinaria.

Por tanto, no nos encontramos aquí ante un supuesto de lesión de un interés colectivo, ni de una legitimación colectiva. Actúa por tanto la Asociación defendiendo sus propios intereses como ente, los cuales podrán ser de carácter patrimoniales o morales, tal como recogen nuestras leyes sustantivas y adjetivas. El que sea un ente colectivo el que demanda, no implica que sea un interés "colectivo" –supraindividual- lo que se deduce en el proceso.

La Sentencia de fecha 30 de junio de 2000 al definir estos intereses explicó:

> […] Derechos o intereses colectivos están referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, de modo que dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Su lesión se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, como serían a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etc.

> Los derechos colectivos deben distinguirse de los derechos de las personas colectivas, ya que estos últimos son análogos a los derechos individuales, pues no se refieren a una agrupación de individuos sino a la persona jurídica o moral a quien se atribuyan los derechos. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél.

a. Las organizaciones sociales intermedias

1) Las Asociaciones de Consumidores

La doctrina ha discutido ampliamente si la Asociación actúa en representación de sus miembros o en nombre propio.

Comentando la Ley del Consumidor y Usuario los autores establecen diferentes posturas al respecto. Por nuestra parte, consideramos que la Ley venezolana en materia de Protección al consumidor y usuario es explícita en su expresión al establecer que las Asociaciones actuarán *en representación* de los consumidores y usuarios, lo cual delimita ya el ámbito de actuación procesal.

Es entonces el consumidor o usuario (el asociado) quien otorga esta representación a la Asociación, quien actúa de expresa o presunta en representación de sus miembros. Para ello, sin embargo, la Asociación debe

acreditar en virtud de quien actúa, es decir, su representación por haber sido ésta conferida en el momento en que el asociado ha realizado la respectiva suscripción a la asociación. Debe prestar además su consentimiento para ser representado, pues se entiende que quien acude a la organización busca la tutela de sus derechos y la representación asociativa.

Para algunos autores como La Cruz (1987, citado por Gutiérrez, Op. Cit., 238), no es necesario otorgar un poder expreso que acredite a la Asociación a actuar, pues consideran que se supone dicho consentimiento del miembro asociado respecto a la asociación, de forma que ésta pudiera adquirir la forma de representación tácitamente conferida, considerándose en consecuencia como una presunción legal de representación (en caso de que se hablara de legitimación lo sería ad-processum) y que podría revocarse mediante una manifestación de voluntad contraria del asociado titular del derecho material lesionado y auténtico legitimado para accionar.

Actúa en consecuencia la Asociación en representación, ya que no puede actuar sin el consentimiento del asociado.

Ortells (citado por Gutiérrez, op. Cit., 240) al considerar la interrogante de si la asociación debe ser considerada como representante voluntaria de sus asociaciados o como un sustituto, concluye que en el caso de que se opte por la primera opción (representación), los miembros le habrían otorgado su representación en el acto de la afiliación , afirmando que si la sustitución corresponde a presupuestos de negación de la legitimación al sustituido, o como mínimo supone una facultad de accionar prescindiendo de la voluntad del sustituido, se inclina a pensar que hay una representación voluntaria, para que pudiera prevalecer la voluntad del asociado titular del derecho individual lesionado.

La sentencia de fecha 30 de Junio establece:

> "…Los daños al ambiente o a los consumidores por ejemplo así ocurran en una determinada localidad, tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo, y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente o de los consumidores…"
>
> "….Estos intereses concretos, focalizados, son los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado, (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Ese es el caso de las lesiones a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etc. […] Son los difusos los de mayor cobertura, donde el bien lesionado es más generalizado, ya que atañe a la población en extenso, y que al contrario de los derechos e intereses colectivos, surgen de una prestación de objeto indeterminado; mientras que en los colectivos la prestación puede ser concreta, pero exigible por personas no individualizables. Consumidores son todos los habitantes del país. El daño a ellos como tales, atiende a un bien supraindividual o supra personal, y a una prestación indeterminada a favor de ellos, por los a manipuladores de bienes y servicios. Su calidad de vida se disminuye, tomen o no conciencia de ello, ya que muchos mecanismos de comunicación masiva podrían anular o alterar la conciencia sobre la lesión. El interés de ellos, o de los afectados, por ejemplo, por los daños al ambiente, es difuso, e igual es el derecho que les nace para precaver o impedir el daño.

2) Las Asociaciones Profesionales

En sentencia del 30 de junio de 2000, recaída en el caso Dilia Parra Guillén, la Sala dispuso -entre otras cosas- que "...El Estado así concebido, tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean, como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad, por lo que puede afirmarse que estos derechos de control son derechos cívicos, que son parte de la realización de una democracia participativa, tal como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

Entre estos derechos cívicos, ya ha apuntado la Sala, se encuentran los derechos e intereses difusos o colectivos, a que hace referencia el artículo 26 de la vigente Constitución, y respecto a los cuales en distintas oportunidades se ha pronunciado (ver sentencia de sala Constitucional Colegio de Abogados del Dto. Federal No. 1263 de 09 de julio de 2004), en la cual citando la primera Sentencia de 30 de Junio de 2000, se precisan los caracteres de los Derechos colectivos y difusos, entre los cuales se encuentran:

> "…Los derechos colectivos deben distinguirse de los derechos de las personas colectivas, ya que estos últimos son análogos a los derechos individuales, pues no se refieren a una agrupación de individuos sino a la persona jurídica o moral a quien se atribuyan los derechos. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél […] LEGITIMACIÓN PARA INOCAR (sic) UNA ACCIÓN POR INTERESES Y DERECHOS COLECTIVOS: quien incoa la demanda con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar

> el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés. La acción en protección de los intereses colectivos*, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúa* en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos.

Las asociaciones profesionales o gremios podrán en consecuencia representar los intereses colectivos de sus asociados En sentencia dictada el 21 de noviembre de 2000, recaída en el caso Gobernador del Estado Mérida y otros vs. Ministro de Finanzas, se reiteró el criterio establecido en la decisión del 30 de junio de 2000 (Caso: Defensoría del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional), y se sostuvo con relación a la legitimación en caso de los intereses colectivos y difusos -entre otras cosas- lo siguiente:

> La situación de los entes sin personalidad jurídica es distinta, ya que la sociedad civil, la comunidad, la familia, la etnia -por ejemplo- está conformada por un conjunto de individuos a veces con intereses opuestos, o que teniendo metas concurrentes desean concretarlas de manera diferente, e indudablemente los derechos de los entes colectivos sin personalidad jurídica no pueden ser utilizados por uno de los componentes del conjunto, si los otros no están de acuerdo.
>
> No ocurre así con los derechos o intereses difusos o colectivos propiamente dichos, ya que ellos persiguen mantener la calidad de la vida, lo que interesa a todas las personas de un conglomerado (incluyendo al juez), así no lo entiendan, o así

haya grupos que no les interese la mejoría de dicha calidad. [...] Por ello, en sentencias de 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala estableció, que mientras no existan leyes que los limiten, las acciones por derechos e intereses difusos o colectivos, dirigidos los primeros a proteger la calidad de la vida, podrán no sólo ser incoadas por organismos públicos o privados, sino por los particulares, como consecuencia del derecho de acceso a la justicia que el artículo 26 de la vigente Constitución consagra, ya que a través de tales derechos, se persigue el beneficio común.

Pero el supuesto no es igual con los derechos colectivos diferentes a los difusos que la Constitución y las leyes otorgan a los entes colectivos sin personalidad jurídica (tales como los expresados en los artículos 84, 99, 118, 121, 123, 125 y 347), ya que ellos son mucho más puntuales, más concretos, por lo que el juez es (en abstracto) ajeno a ellos, no se encuentra tocado por los daños o desmejoras posibles a la calidad de la vida. Su situación es parecida a la que tiene con relación a los derechos colectivos estrictos, visto que él no pertenece al gremio, colectividad específica, etc, que ejerce el derecho. Pero mientras estos derechos colectivos estrictos son ejercidos por personas que tienen un nexo y un interés definido con el sujeto colectivo, el cual es cualitativamente identificable por la actividad semejante que realiza (donde surge el conflicto), estos otros sujetos colectivos son indefinidos, en ellos la voluntad individual no vale por sí sola. Los fines y los intereses en juego exceden de los de cada individuo.

Estos entes colectivos sin personalidad jurídica, tienen que ser representados por alguna persona, pero el conglomerado que forma parte del ente puede tener contradicciones internas, hasta el punto que no exista ningún tipo de acuerdo. De allí, que lo primordial, ante tal panorama, es reconocer quién representa a la sociedad civil, a la comunidad, a la familia, al grupo, es decir, identificar por boca de quien se van a expresar.

[…]

En consecuencia, la legitimación de los entes colectivos debe surgir de la representatividad que ostentan de la sociedad, comunidad, grupos, etc.

> […]
>
> Los representantes no pueden ser personas naturales que obren en nombre propio, ni grupúsculos que representen una ínfima parte de los componentes del sector (lo cual se determinará por aplicación de máximas de experiencia); ni organizaciones con menores pretensiones existenciales.
>
> […]
>
> Las organizaciones que actúan como actores sociales, no defienden intereses privados ni particulares, sino que persiguen la solución permanente de problemas nacionales o locales, lo que significa que su objeto es trascendental, no temporal o reñido con la solución de problemas sociales o de interés general o público. Ellas funcionan, para tener un espacio participativo en la solución de problemas comunes, para los cuales se organizan. Por ello, hay quienes consideran que los sindicatos, gremios y asociaciones que defiendan intereses particulares no forman parte de la sociedad civil, ni menos pueden representarla, tal como lo hace Nuria Cunill Grau... (resaltado nuestro).

Con fundamento en el fallo anterior, el Tribunal Supremo de Justicia negó la admisión a la pretensión en defensa de los intereses colectivos debido a que consideró que los accionantes no representaban a la comunidad.

Sin embargo, es de notar el criterio asentado en esta sentencia cuando ella misma establece que los intereses colectivos pueden ser accionados por particulares, más adelante lo niega desestimando sin fundamento sólido la actuación de las organizaciones por no representar los intereses particulares. Nos inclinamos a pensar que es muy peligroso entender este planteamiento tal como ha sido hecho pues se podría caer en el equívoco de desoír representaciones de las comunidades que no por ser minoría son menos

valiosas o ciertas. Creemos que la labor del Juez, se encuentra en investigar el alcance de la denuncia y la veracidad de la acción, sin importar que ésta haya sido intentada por un grupo reducido, pues el hecho de que otras personas no tengan interés en accionar no resta importancia y valor a la posible lesión o amenaza que pudiera estar causándose y quizá por ello el mismo Tribunal Supremo de Justicia en la misma sentencia de Dillia Parra Guillén permite la legitimación por intereses difusos a cualquier persona que se encuentre interesada en su defensa.

Se trata pues de otorgar legitimación para la defensa de intereses supraindividuales, genéricos y comunes de tipo profesional de un sector concreto que ha visto afectados sus derechos. Siempre que se afecten intereses colectivos del gremio específico, lo cual indica que no serán ejercitables actuaciones en defensa de derechos individuales.

La concesión de legitimación de las asociaciones profesionales tiene igual fundamento que las de las asociaciones en general y de Consumidores.

En la Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 09 de julio de 2004, se admitió la pretensión por intereses colectivos a los abogados Juan Carlos Velásquez Abreu y Javier Simón Gómez González ostentan legitimación activa, los cuales actuaron en protección de sus propios derechos como profesionales del Derecho inscritos en el Colegio de Abogados del hoy Distrito Capital, así como en representación de los intereses y derechos colectivos de los profesionales de la Abogacía miembros de dicho Colegio para solicitar la realización de forma inmediata las elecciones de la Junta Directiva y del Tribunal Disciplinario de dicho ente gremial.

A este respecto a la Sala le bastó que las denuncias formuladas por los actores en su solicitud se correspondían no sólo a una presunta violación directa de los derechos constitucionales en su esfera jurídica individual, sino que también reunía las características propias de una acción ejercida por intereses colectivos, porque la omisión denunciada como atentatoria y los hechos relacionados con la acción ejercida repercutía en la esfera jurídica de todos aquellos que –en su condición de profesionales del Derecho- se encontraban colegiados en dicho ente gremial. Lo cual cambió la posición aludida en la decisión de 02 de Diciembre de 2003 ya comentada en la cual se negó la legitimación a los accionantes.

Para algunos autores como González (1995, 390) en relación a los intereses colectivos cabe destacar lo siguiente:

> "…es indudable que el 'interés' de la profesión lo será también de todos y cada uno de los profesionales", de modo que –continúa el autor- "cuando se trate efectivamente de la defensa de los intereses colectivos de una profesión, es incuestionable la legitimación directa de la Corporación o Colegio para incoar el proceso", así como "cuando dentro de una Corporación, existen profesionales entre los que se dan grupos o 'colectivos' diferenciados, con intereses asimismo diferenciados, es incuestionable que la Corporación estará asimismo legitimada directamente para actuar en un proceso en defensa de los intereses de sus colegiados". Sin embargo, anota acertadamente, "cuando se trate de intereses individuales de uno de los profesionales, el Colegio no tendrá legitimación directa".

De modo que los intereses colectivos se concretan en comunidades o en sectores poblacionales compuestos por sujetos de derecho *más o menos determinables*, que representan, en definitiva, los intereses que el grupo persigue en forma unificada, en función de sus características y aspiraciones

comunes. Gianini (1974, citado por Badell, 2004, 15) señala que, son intereses colectivos aquellos que tiene como portador un ente representativo de un grupo *no ocasional*, por lo que han sido también llamados intereses corporativos o intereses de categoría. Estos grupos son, *inter alia*, los ya mencionados colegios profesionales, así como a los sindicatos, las asociaciones de vecinos, las asociaciones cooperativas y las asociaciones conservadoras del ambiente.

3) Las asociaciones de consumidores y usuarios

a) La Ley del Consumidor y del usuario.

La nueva Ley de protección al Consumidor y usuario del 04 de mayo de 2004, consta de 172 artículos distribuidos en diez títulos.

En dicha Ley, se distingue entre consumidor y usuario. Mientras la Ley anterior englobaba en una sola definición a consumidores y usuarios (artículo 2), la nueva ley define como consumidor a toda persona natural que adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza como destinatario final, y como usuario a toda persona natural o jurídica que utilice o disfrute servicios de cualquier naturaleza como destinatario final. Por otra parte, la definición vigente de consumidor y usuario no establece como condición que las operaciones jurídicas que realizan como tales, sean de carácter oneroso, cosa que si se exigía en la ley anterior.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario desarrolla los derechos de los consumidores y usuarios, al tiempo de reconocerles sus derechos e intereses sociales. En este sentido, incluye normas que regulan escenarios específicos donde pueden verse afectados sus derechos, como por ejemplo, el comercio electrónico, y amplía los supuestos de responsabilidad de los proveedores. Especial énfasis reciben los derechos relacionados con los servicios públicos domiciliarios, contenidos en un capítulo.

Respecto al Sistema Nacional de Protección al Consumidor, se incluyen entre sus integrantes a los productores y comerciantes, siempre que no contribuyan con el financiamiento de ningún ente de protección al consumidor.

Se prevé además el aumento de la pena de los siguientes delitos: usura genérica, importación de bienes nocivos para la salud y uso ilícito de información. Se contempla como nuevo delito los recargos ilegales o comisiones por el medio de pago utilizado por el consumidor y usuario.

b) La posibilidad de actuación de las Asociaciones

Una de las vías a través de las cuales podrían ejercerse acciones colectivas para demandar los daños y perjuicios eventualmente ocasionados es a través de las asociaciones de consumidores y usuarios existentes.

Las asociaciones de consumidores y usuarios se definen como toda organización constituida por un mínimo de 25 personas naturales, con la

finalidad de defender los intereses de los consumidores y usuarios, que pueden ser declaradas de utilidad pública (artículo 74), mientras que la anterior Ley exigía la participación de un número no menor de 100 personas para su constitución y no prevé la posibilidad de declaratoria de utilidad pública (artículo 9 LPCU derogada).

En este sentido, el artículo 73 de la nueva Ley de Protección al consumidor y al usuario (LPCU), prevé lo siguiente:

> "…los consumidores y usuarios tienen derecho a constituirse en organizaciones o asociaciones, que ostenten la representación de sus asociados y puedan servir de instrumento para el ejercicio de sus derechos e **intereses individuales y colectivos, siempre de conformidad con lo previsto en la presente ley**…" (negrillas nuestras).

El numeral 2 del artículo 76 contempla que esas asociaciones tendrán por objeto "…representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores y usuarios ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones, recursos trámites o gestiones que procedan…".

Las asociaciones de consumidores son pues, entes organizados, que pueden ejercer la defensa de los derechos colectivos de sus integrantes, incluso, en vía judicial, siempre y cuando se trate de derechos derivados del de la Ley del Consumidor y el usuario. Por consiguiente, según los artículos comentados, tendrían legitimación activa para demandar a los proveedores del bien por la responsabilidad civil de éstos. Tal acción de condena pretendería la reparación de los perjuicios causados a *todos* los miembros de la asociación.

Una de las dificultades importantes que se presentan a este respecto, es cuando se trata de establecer la dimensión del daño patrimonial. Es así que de acuerdo a la dimensión del daño sufrido por los consumidores imputable a los proveedores del producto, si la lesión afecta a todos los consumidores de ese bien, y no sólo a aquéllos que pertenecen a la asociación, lo procedente sería la tutela judicial de los derechos difusos de esos consumidores (Badell, op. cit., 29).

Entre los requisitos establecidos por la Ley para poder actuar en la promoción y defensa de los intereses colectivos (y difusos), se encuentra además de los ya mencionados la obligatoriedad de inscribirse en el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), en las gobernaciones o en las alcaldías donde no exista representación directa del INDECU.

Tal requisito a nuestro parecer es innecesario y limita de manera palpable la posiblidad de defensa de las Asociaciones, ya que si se permite la actuación a nivel individual para el ejercicio de la acción, sin otra formalidad que la de ser ciudadano y encontrarse afectado en su derecho, no debería supeditarse la actuación colectiva a un requisito de inscripción que lo que busca aparentemente es mantener un control de las Asociaciones. Pudiendo darse el caso de Asociaciones no inscritas que se hayan constituido a raíz o con ocasión de una lesión a sus derechos.

c) La tutela judicial de los derechos colectivos y difusos

El artículo 80 de la LPCU prevé lo siguiente:

> […] La defensa de los derechos establecidos en esta Ley, podrá ser ejercida tanto a título individual como colectivo. Podrá ser ejercida colectivamente cuando se encuentren involucrados intereses o derechos colectivos o difusos.
>
> El reclamo administrativo de indemnización por parte de todos los representados colectivamente podrá negociarse también de manera colectiva o de manera individual según sean los intereses de los representados.

En este artículo se hace reconocimiento expreso de la tutela de los derechos colectivos o difusos, estableciéndose que esta defensa podrá ser realizada de manera colectiva según la LPCU.

De acuerdo al artículo *in comento* los consumidores afectados en sus derechos al consumo, podrán demandar los daños y perjuicios imputables por los proveedores (artículo 6.6) a los efectos de lograr la indemnización de los perjuicios económicos sufridos por todos los miembros de esa colectividad social, y no sólo por quienes actúen como demandantes.

Esta acción colectiva tiene su fundamento en el artículo 26 de la Constitución de 1999. La LPCU ha estipulado que los daños y perjuicios serán reclamados ante los Tribunales ordinarios por el procedimiento oral del Código de Procedimiento Civil, salvo que hubiere alguna disposición especial (artículo 168).

Aunque el artículo 80 de la LPCU no establece de manera expresa quienes se encuentran legitimados para ejercer las acciones correspondientes,

podemos suponer de la interpretación del artículo 80 en concatenación con los artículos 74 y siguientes de la Ley, que corresponde la legitimación a las Asociaciones, conjuntamente con la Defensoría del pueblo y la Fiscalía del Ministerio Público. Sin embargo, no podemos dejar de notar la vaguedad y dispersión de la Ley en este aspecto pues más que legitimación habla de representación de los intereses, y en este sentido pudiéramos traer a colación nuestras anteriores reflexiones respecto a la figura de la representación. Si la Ley habla pues de representación, requerirá la asociación el consentimiento de su asociado para actuar, de manera que se deja bien claro que no es un caso de sustitución procesal por cuanto la asociación no actúa en nombre propio (sustitución strictu sensu).

Se excluye en el art. 6.7 el derecho a la protección de los derechos o intereses difusos, prevista en la LPCU anterior, sin embargo , más adelante, el artículo 80, establece que se podrán ejercitar acciones colectivas o difusas, lo cual hace considerar que sí están incluidos éstos últimos pero con un tratamiento que asimila los dos términos como si fueran sinónimos, no obstante haber sido promulgada la ley en el 2004 y con suficiente jurisprudencia del TSJ relativa a las diferencias entre dichos derechos e intereses .

b. Procedimientos

En cuanto a los procedimientos, se definen lapsos más breves que en la ley anterior, así como procedimientos acordes con el derecho al debido proceso.

El citado artículo 80 de la LPCU, da la posibilidad de ejercer la defensa colectiva de los derechos de los consumidores y usuarios, incluso, en sede administrativa, en lo que respecta a la indemnización reclamada. No obstante, ese reclamo sólo puede ser tramitado a través del procedimiento de conciliación y, voluntariamente, mediante el arbitraje ante el INDECU. De no prosperar esa solución amistosa, sólo procederá la defensa judicial de esos intereses difusos.

Además del procedimiento administrativo, sólo hace una mención acerca de la posibilidad de ejercicio de las acciones por la vía jurisdiccional de carácter breve (art. 859 al 880 de Código de procedimiento Civil). Concentra por tanto mayormente el procedimiento en vía administrativa, con las sanciones específicas de multa de acuerdo a la falta cometida:

> Art. 94. Sin perjuicio del derecho de recurrir directamente a la vía judicial ordinaria, los consumidores y usuarios y sus organizaciones tienen derecho a obtener protección sobre sus derechos e intereses, a cuyo efecto, los entes y órganos públicos deberán adoptar las medidas adecuadas para equilibrar las situaciones de desprotección o indefensión en que aquellos individual o colectivamente puedan encontrarse.
>
> La defensa de los derechos establecidos en esta Ley podrá ser ejercida tanto a título individual como colectivo. Podrá ser ejercida colectivamente cuando se encuentren involucrados intereses o derechos colectivos o difusos.
> El reclamo administrativo de indemnización por parte de todos los representados colectivamente podrá negociarse también de manera colectiva o individual, según sean los intereses de los representados.

Otra de las características de esta Ley es que contempla la indemnización de los afectados y la reparación de los daños a que hubiere lugar:

> Los consumidores tendrán derecho, además de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, a la reparación gratuita del bien en un plazo razonable y, cuando ello no sea posible a su reposición o a la devolución de la cantidad pagada, en los siguientes casos:
> 1. Cuando los productos sujetos a normas de calidad de cumplimiento obligatorio, no cumplan las especificaciones correspondientes.
> 2. Cuando los materiales, elementos, sustancias o ingredientes que constituyen o integran los productos, no corresponden a las especificaciones que ostentan.
> 3. Cuando la ”ley de los metales” de los artículos de joyería u orfebrería sea inferior a la que en ellos se indica.
> 4. Cuando el producto se hubiera adquirido con determinada garantía y dentro del lapso de ella, se pusiera de manifiesto la deficiencia de la cualidad o propiedad garantizada siempre que se hubiera destinado a un uso o consumo normal de acuerdo con las circunstancias y a su naturaleza.
> 5. Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración estructura, calidad o condiciones sanitarias, según el caso, no sea apto para el uso al cual está destinado.
> 6. Cuando el proveedor y consumidor hubieren convenido que los productos objeto del contrato debieran reunir determinadas.

Respecto al derecho de la protección jurídica (capítulo IX), se establece la obligatoriedad de los organismos públicos de adoptar las medidas adecuadas para equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión de los consumidores y usuarios; y el derecho de los particulares a acudir a la vía judicial, individual o colectivamente, según se trate de derechos o intereses colectivos o difusos.

El derecho a la protección contra la publicidad subliminal, falsa o engañosa y abusiva (artículo 6.7 LPCU) es sustituida por la protección contra la publicidad subliminal, falsa, engañosa y que contraríen los derechos del

consumidor (artículo 6.8). Es decir, se sustituye el término "abusiva" por una expresión más concreta.

El derecho a la protección de la salud y seguridad se desarrolla en el capítulo II. Abarca nuevas normas sobre el deber de informar por parte del proveedor; el deber de retirar y sustituir; el peligro de contaminación ambiental; la prohibición de importación de bienes cuyo consumo haya sido declarado nocivo para la salud y prohibido por las autoridades venezolanas o de su país de origen ; la acción de responsabilidad que genera; el derecho de reclamo entre cualquiera de los participantes de la cadena de distribución contra el agente que resulte ser efectivamente responsable; y la protección especial de consumidores y usuarios, que por circunstancias extraordinarias se encuentre en una situación de inferioridad, desprotección o indefensión.

En esta disposición se menciona expresamente a "los discapacitados" (término considerado incorrecto, por lo que debería proponerse su sustitución por personas con discapacidad), a los niños y adolescentes, las mujeres gestantes, los enfermos, los turistas o personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual (omiten refugiados y poblaciones indígenas).

CAPITULO IX
MECANISMOS PROCESALES PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES

A. LOS PROCEDIMIENTOS EN VENEZUELA PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

1. Introducción

El estudio que realizamos sobre los intereses colectivos y Difusos, no tendría mayor relevancia sin referirnos a los mecanismos procesales para su promoción y defensa.

Una de las dificultades evidentes para garantizar la protección de estos derechos lo ha sido el desarrollar por vía legal el precepto contenido en el artículo 26 de la Constitución a través del establecimiento de mecanismos procesales idóneos y eficaces que permitan la legitimación de grupos específicos que se consideren afectados en sus derechos e intereses.

Un sistema procesal incapaz de proteger estos intereses colectivos y difusos implicaría una denegación de justicia y del Estado social de Derecho. Lo que nos obliga a preguntarnos ¿Qué tipo de legitimación debe garantizarse para lograr una Tutela efectiva de estos derechos de grupo y por otra parte si existen los mecanismos procesales idóneos para accionar en materia de intereses colectivos y Difusos? ¿Debe seguirse el procedimiento de Amparo constitucional adecuando la Ley para establecer un Procedimiento que contemple la posibilidad del Amparo Colectivo o simplemente crearse un procedimiento especial que prevea la posibilidad de ejercer una pretensión con carácter autónomo?

Badell (op. Cit., 17) citando a Linares Benzo nos refiere el alcance de la Tutela Judicial efectiva:

> La tutela judicial efectiva se constituye como el derecho del cual gozan los particulares de acceder a la justicia para que su causa sea oída, equitativa y públicamente, dentro de un plazo razonable y por un tribunal independiente e imparcial. Tal como sostiene LINARES BENZO "el fin expreso del derecho de acceso a la justicia es "la defensa de (los) derechos e intereses" de los particulares. En otras palabras, todo el sistema judicial es un aparato estructurado para la tutela de posiciones jurídicas subjetivas [...] por lo que todo lo procesal en Venezuela debe estructurarse precisamente con ese fin protector.

Tales planteamientos son de vital importancia para esta investigación, siempre tomando en cuenta, que la defensa de los derechos e intereses colectivos y difusos siguen siendo novedosos en nuestra legislación por lo que resulta necesario arbitrar sistemas alternativos, siempre que sea necesario como mecanismo de actuación para la protección de los intereses supraindividuales.

La afectación del interés difuso o colectivo puede asumir las más variadas formas, como la simple amenaza, el daño reparable, hasta el daño irreparable. Según sea, corresponderá la respuesta que deba dar la jurisdicción, para que se pueda lograr una verdadera tutela.

La instrumentalidad del derecho procesal y, por ende, de la técnica del proceso, impone una consecuencia de gran importancia, ya que ese derecho y esa técnica deben adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea la naturaleza particular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar los institutos de ese derecho. Un sistema procesal será tanto más perfecto y eficaz, cuanto más sea capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepancias, a esa naturaleza y a esa finalidad" (1974, Cappelletti citado por Ochoa, 2004, 591).

2. Competencia en Materia de Intereses Colectivos y Difusos

En materia de ***competencia*** en todas las acciones referidas a los intereses difusos y colectivos, pertenece la competencia a la Sala Constitucional a quien deberá corresponder el conocimiento de las referidas acciones, mientras la Ley no lo atribuya a otro tribunal. En consecuencia, ni el contencioso administrativo, ni la justicia ordinaria o especial son competentes, a juicio de la Sala, para declarar y hacer efectivos estos derechos salvo que la Ley disponga lo contrario.

Tal decisión se encuentra fundamentada a criterio de la Sala , en que esta materia se encuentra bajo su tutela, constituyendo materia del dominio de lo constitucional y, en consecuencia, de la jurisdicción constitucional que a ella exclusivamente le corresponde, ya que “estos derechos de defensa de la ciudadanía vienen a ser el desarrollo de valores básicos de la Constitución y del derecho positivo, por lo que debe corresponder a esa Sala Constitucional el conocimiento de tales acciones, mientras la ley no lo atribuya a otro tribunal, tal como lo hace el artículo 46 del Código Orgánico Procesal Penal, el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, o el artículo 177 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente. Mientras la ley no regule y normalice los derechos cívicos con que el Estado Social de Derecho -según la vigente constitución- se desenvuelve, es la Sala Constitucional, debido a que ella corresponde con carácter vinculante la interpretación de la constitución (artículo 335 ejusdem) y por tratarse del logro inmediato de los fines constitucionales, a la que por esa naturaleza le compete conocer de las acciones para la declaración de esos derechos cívicos emanados inmediatamente de la carta fundamental. (Decisión de fecha 30 de junio de 2000, Caso Dilia Parra).

Esta exclusividad de la jurisdicción constitucional para conocer de todos los asuntos sobre intereses difusos y colectivos ha sido ratificada por la Sala en decisiones de fecha 22 de agosto de 2001 (Caso: Asodeviprilara) y 19 de febrero de 2002 (Caso: Ministerio Público vs Colegio de Médicos del Distrito Federal) al establecer que “de las acciones que se ejerzan con ocasión de los derechos e intereses difusos o colectivos, será competente esta Sala Constitucional (...) hasta tanto no se haya dictado una ley procesal especial que regule estas acciones”.

Consideramos que la atribución de la competencia exclusiva a la Sala Constitucional dificulta la tutela de estos derechos, limitando el acceso a la justicia de los ciudadanos, en razón del ejercicio de la acción la cual deben instar en un tribunal distinto al de su sede natural, sin contar la carga económica que representa el traslado a la capital de la República donde se encuentra el asiento del órgano jurisdiccional, para interponer la demanda y después para el traslado de los hechos al proceso, colocando así a los demandantes en una situación de debilidad frente al demandado que por lo general goza de mayor poder económico .

3. Pretensiones que pueden configurar la Defensa de estos intereses.

a. Pretensiones restablecedoras de Situaciones

Para la destrucción o limitación de bienes nocivos, restableciendo una situación que se había convertido en dañina para la calidad de vida (salud física o psíquica colectiva, preservación de la vida, del entorno urbano, del derecho a una recreación sana, o de evitar ser convertido en consumidor compulsivo de productos o ideologías, etc.), o que sea amenazante para esa misma calidad de vida.

c. Pretensiones de Condena a un no hacer

La sentencia puede prohibir una actividad o un proceder específico del demandado.

d. Pretensiones de Condena a un hacer

Como por ejemplo, repoblar de especies animales o vegetales una determinada área.

e. Pretensiones Indemnizatorias

El fallo puede condenar a indemnizar a la colectividad, o grupos dentro de ella, en la forma como ordene el juez, con señalamiento de cuáles instituciones sociales o públicas, o cuáles personas, serán acreedoras de la indemnización.

5. Tipos de procedimiento según el tipo de pretensión

f. Procedimiento de Amparo Constitucional

Se aplica a las pretensiones de simple restablecimiento de una situación jurídica particular, que no tengan previsto para ventilarla un procedimiento especial. Sin embargo, a estos procedimientos también deberá hacerse

ajustes, como ordenar la notificación del Defensor del Pueblo; asimismo, ordenar la notificación de un edicto llamando a todos los sujetos que integren esa comunidad difusa o determinada (o determinable) a quienes interesa la decisión. Igualmente, gozará el juez de mayores poderes en cuanto a la búsqueda de la verdad, al equilibrio de las partes, a tomar medidas anticipadas o cautelares que la urgencia reclame. Y por supuesto, los efectos de la sentencia deberán alcanzar a todos los sujetos que integran esa comunidad.

g. Procedimiento Común para la tutela de los Intereses Colectivos y Difusos (Modificado por el TSJ)

Aplicable a las pretensiones indemnizatorias de daños sufridos, o de cumplimiento de obligaciones o de condenas a un no hacer o a un dar.

Este sería el procedimiento común, o sea, para las pretensiones por intereses difusos o colectivos que no tengan previsto un procedimiento especial.

h. El Procedimiento Civil Indemnizatorio del Código Orgánico Procesal Penal.

Desde el mes de enero de 1.998, existe el procedimiento especial del Código Procesal Penal para hacer valer la pretensión civil indemnizatoria derivada del delito en beneficio de intereses difusos y colectivos. Dicho procedimiento

es aplicable a las pretensiones indemnizatorias a favor de los intereses difusos causadas por el delito.

Tratándose de la pretensión indemnizatoria derivada del delito, de acuerdo al artículo 422 del Código Orgánico Procesal Penal, el órgano jurisdiccional competente es el juez unipersonal presidente del tribunal que haya dictado la sentencia penal correspondiente.

Este procedimiento es el previsto en el Libro Tercero: “De los procedimientos especiales”. Titulo IX: “Del procedimiento para la reparación del daño y la indemnización de perjuicios”.Artículos 422 al 431 del Código Orgánico Procesal Penal. Y conforme al primer aparte del artículo 50 del Código Orgánico Procesal Penal, que le otorga la legitimación procesal al Ministerio Público: “Cuando los delitos hayan afectado intereses colectivos o difusos la acción civil será ejercida por el Ministerio Público.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución y a la naturaleza de estos intereses dirigidos a garantizar la calidad de vida de de la población, en caso de que ésta se vea afectada, la reparación debe estar dirigida a restablecer la calidad de vida. En consecuencia, resulta más favorable a su defensa, darle legitimación, tanto al Ministerio Público, a la Defensoría del Pueblo, a las O.N.G’s, y en general a cualquier sujeto, que forme parte de este conjunto de personas afectadas. Sólo que, debe asegurarse, que la indemnización obtenida se utilice para el restablecimiento del equilibrio roto, en relación a ese interés difuso.”

La Sala Constitucional en la sentencia del 30 de junio de 2000, sólo le atribuye legitimación procesal al Ministerio Público, conforme al primer aparte del artículo 50 del Código Orgánico Procesal Penal y a la Defensoría del

Pueblo, conforme al artículo 281, numeral 2 de la Constitución, excluyendo a todo otro sujeto, a despecho de la legitimación amplia consagrada claramente en el artículo 26 ejusdem.

En opinión de Ochoa (op. Cit. 592), es una equivocada interpretación de la Sala y el mismo se debe, la cual confunde el interés difuso al hacerlo valer a través de la pretensión indemnizatoria, pues se cree que la suma de dinero obtenida va a repartirse entre todos los miembros que conforman esa masa difusa, titular del bien común, ya que dice en su sentencia: " La obtención de una indemnización, responde a un derecho subjetivo y personal en obtenerla; de allí la imposibilidad de que cualquier particular la pida en beneficio del grupo social indeterminado."

Lo cierto es que la suma de dinero que se obtenga, debe estar destinada a la reparación del bien que vincula a la pluralidad difusa de sujetos (en caso de daños al ambiente, al patrimonio histórico-cultural-arquitectónico, al paisaje, etc.). Es precisamente éste el petitum de las pretensiones indemnizatorias por intereses difusos, una suma de dinero que compense los daños causados, con el fin, por ejemplo, de compensar a su vez al medio ambiente, o con invertir ese dinero en defensa de los intereses difusos de los cuales son titulares, ese conglomerado de sujetos.

Distinto es cuando las personas sufren el daño en su patrimonio individual, a consecuencia del mismo hecho delictivo siéndoles dado reclamar para sí, la indemnización de perjuicios, para lo cual pueden hacer uso, en forma separada, del proceso civil indemnizatorio o de las llamadas acciones de grupo que permiten a cualquier persona afectada demandar y la sentencia que se profiera, surtir efectos a los otros sufrieron el daño por el mismo hecho y que quieran adherirse.

i. El Procedimiento Judicial de Protección

Desde el mes de octubre de 1998, la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, prevé un procedimiento para proteger intereses difusos y colectivos de los niños y adolescentes.

Dicho Instrumento legal se denomina “Acción de protección” y es ejercida contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos o instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos del niño y del adolescente. (Parágrafo quinto del artículo 177; artículos 276 a 281; artículos 318 a 330 de la LOPNA).

Tratándose del procedimiento previsto en la LOPNA, conforme al artículo 279, el órgano jurisdiccional competente para conocer, será el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del territorio donde tenga o haya tenido lugar el acto o la omisión.

Según el artículo 277 de la LOPNA, “La acción de protección tiene como finalidad que el tribunal haga cesar la amenaza, ordene la restitución del derecho, mediante la imposición de obligaciones de hacer o no hacer.”

Por su parte la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente en su artículo 287 señala que, son legitimados el Ministerio Público, Los Consejos de Derechos y las organizaciones, legalmente constituidas, con por lo menos

dos años de funcionamiento, relacionadas con el asunto objeto de la acción de protección.

j. Procedimiento aplicable

En cuanto al procedimiento aplicable, nos referiremos a los procedimientos establecidos por vía jurisprudencial para la tutela de intereses colectivos y difusos. Resulta necesario hacer esta distinción, por cuanto la mayor parte de la doctrina, ha tratado el tema de manera confusa, aplicando los mismos criterios a estos procedimientos cuya naturaleza es, evidentemente, distinta (Badell, op. Cit., 25).

1) ***Procedimiento común****,* que contempla los *Procesos contencioso-administrativos* de nulidad de actos de efectos particulares y los *procesos para el resarcimiento por los daños sufridos o el cumplimiento de obligaciones;*

2) Procesos de ***amparo constitucional*** las cuales serán procedentes si la lesión proviene de violaciones constitucionales y existe la posibilidad de restablecer la situación jurídica infringida.

E. EL PROCEDIMIENTO COMÚN PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

1. Antecedentes

En decisión de la Sala Constitucional del 30 de junio de 2000, con ponencia del magistrado JESÚS E. CABRERA (Caso: Defensoría del Pueblo), fue donde por primera vez, se consideró viable el recurso constitucional de amparo como mecanismo para tutelar Derechos e Intereses Colectivos y Difusos, estableciéndose criterios definidos acerca de la legitimación procesal:

> […] A pesar de tratarse de un derecho o un interés general, del cual goza el accionante, lo que permite amplitud de demandantes, él personalmente debe temer la lesión o haberla sufrido o estaría sufriendo como parte de la ciudadanía, por lo que carecerá de legitimación quien no esté domiciliado en el país, o no pueda ser alcanzado por la lesión, situación ésta que separa estas acciones de la populares.
>
> […] Quien demanda con base a derechos o intereses colectivos, deberá hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés….

Ante la falta de un procedimiento común y dada la vigencia de los derechos o intereses difusos y colectivos, consagrados en la propia constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, presionada por las demandas de tutela a favor de tales derechos, mediante la facultad concedida por el artículo 335 de la Constitución de ejercer la jurisdicción con efecto normativo provisorio, le dio vida a un procedimiento común, según sentencia del 30 de junio de 2000 (caso: Defensoría del Pueblo):

> Ha sido criterio de esta Sala que al entrar en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sus normas también operan de inmediato, así este prevenido en el propio texto constitucional que las leyes por dictarse desarrollarán sus instituciones. Por ello, las acciones por derechos e intereses difusos o colectivos pueden intentarse de inmediato, bien por vía ordinaria o mediante amparos, a la entrada en vigencia de la constitución.

La circunstancia que no exista un procedimiento en la ley, no obsta, para que se tutelen los intereses difusos y colectivos, pues al decir de la Sala Constitucional del T.S.J: “Siendo la protección de los derechos e intereses difusos de rango constitucional conforme al artículo 26 de la vigente constitución, considera la Sala que para que dicha norma tenga vigencia inmediata, no hace falta esperar que las leyes estructuren como se ventilarán los derechos e intereses difusos”. (Sala Constitucional, Sentencia 30 de Junio de 2000).

2. Pretensiones objeto de este procedimiento común

Cuando la pretensión sea indemnizatoria a favor del interés difuso o colectivo y cuando sea de condena a un hacer o no hacer, siempre que no exista un procedimiento especial y siempre que no sea el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos colectivos o difusos.

3. Estructura del procedimiento

Se adopta el procedimiento oral establecido en el Libro Cuarto: “De los procedimientos especiales”. Parte primera: “De los procedimientos especiales contenciosos”. Titulo XI. Artículos 859 a 880 del Código de Procedimiento civil. “pero con variantes destinadas a potenciar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación.”

Se quiere hacer un procedimiento que responda a las características del objeto, esto es, que dé respuesta urgente, que haga sentir su influencia frente a un gran número de sujetos, que estimule la participación en defensa de estos derechos, que nivele la evidente desigualdad que normalmente se da entre las partes procesales.

De esta manera, la Sala Constitucional, adopta un proceso de cognición y plenario rápido, como es el oral previsto en el Código de Procedimiento Civil, que utiliza como formas del trámite, el procedimiento por audiencias.

4. Requisitos para que se de la legitimación activa

1. Que el que acciona lo haga en base no solo a su derecho o interés individual, sino en función del derecho o interés común o de incidencia colectiva.

2. Que la razón de la demanda (o el amparo interpuesto) sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores, ha quedado lesionada al desmejorarse su calidad común de vida.

3. Que los bienes lesionados no sean susceptibles de apropiación exclusiva por el sujeto.

4. Que se trate de un derecho o interés indivisible que comprenda a toda la población del país o a un sector o grupo de ella.

5. Que exista un vínculo, así no sea jurídico, entre quien demanda en interés general de la sociedad o de un sector de ella (interés social común), nacido del daño o peligro en que se encuentra la colectividad (como tal). Daño o amenaza que conoce el juez por máximas de experiencia, así como su posibilidad de acaecimiento."

6. Que exista una necesidad de satisfacer intereses sociales o colectivos, antepuestos a los individuales.

7. Que el obligado, deba una prestación indeterminada, cuya exigencia es general.

5. Procedimiento común (Pretensión autónoma para la tutela de los intereses colectivos y difusos.

En fecha 24 de enero de 2002, el Tribunal Supremo en el caso *Asodeviprilara*, estableció que en caso de que la acción se interponga por la vía ordinaria, este órgano utilizará el procedimiento que estima más conveniente, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así, se reconoció en esa decisión que:

> "...si la acción se fundamenta en el resarcimiento de los daños sufridos por los lesionados, o en la pretensión de cumplimiento de obligaciones, entre otros, diferentes a la simple restitución de una situación jurídica particular, que es la finalidad del amparo constitucional, la acción debe ser interpuesta por la vía ordinaria, en el entendido de que esta Sala, por aplicación analógica al caso del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y de los principios antes aludidos, utilizará el procedimiento que crea conveniente, y así se declara...".

Con la referida decisión la Sala Constitucional reconoció la existencia de una especial acción cuyo fin es tutelar derechos o intereses colectivos o difusos, y que se ejercerá a través de pretensiones de condena. Tal es, por tanto, la vía ordinaria mediante la cual puede plantearse la tutela judicial de esos especiales derechos o intereses. Ocurre sin embargo que ninguna disposición legal establece el procedimiento aplicable a esa especial acción. En virtud de ello, la Sala acordó, en la sentencia comentada, que se aplicaría "*...a la acción planteada el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con variantes destinadas a potenciar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación de esta clase de procesos*...".

De conformidad con ese criterio jurisprudencial, toda demanda por intereses colectivos o difusos fundamentada en el resarcimiento de los daños sufridos,

o en la pretensión de cumplimiento de obligaciones, entre otros, diferentes a la simple restitución de una situación jurídica particular (amparo constitucional), debe ser interpuesta por la vía ordinaria y deberá tramitarse a través del procedimiento del juicio oral, contemplado en los artículo 859 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, bajo las modalidades fijadas en la referida sentencia de la Sala Constitucional.

E n el procedimiento que se seguirá resultará necesario tomar en cuenta los siguientes aspectos:

a. La Demanda

1. Debe identificarse la persona o el ente que incoa la demanda.

2. Es necesario precisar si se trata de un interés difuso, indicando los datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mutables (como habitar en una misma región, consumir iguales productos). O si el interés es colectivo, por qué lo es, señalando el vínculo jurídico base que une entre sí a los miembros de la colectividad con la parte demandada (el condominio, el sindicato, los profesionales de una determinada disciplina), el carácter indivisible del interés.

3. Hay que exponer en que consiste, concretamente, la afectación del interés individual y común.

4. Plantear el petitum, esto es, lo que se quiere: hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses

colectivos o difusos O pedir la indemnización por los daños causados al bien común, explicando por qué los bienes lesionados no son susceptibles de apropiación individual.

5. Cumplir los requisitos del artículo 340 del Código de Procedimiento civil en cuanto sea necesario a los fines de terminar de identificar adecuadamente la pretensión, como son, la identificación del órgano jurisdiccional al cual se dirige; la indicación del demandado (nombre y apellido, denominación o razón social y los datos de su creación o registro); la sede o dirección procesal.

6. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 864 ejusdem, toda prueba documental que el demandante desea promover se debe acompañar con la demanda (lo cual incluye la prueba audiovisual o gráfica con que se cuenta), así como promover las testimoniales a que hubiera lugar, mencionando el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Se deduce de esta disposición, contenida en el artículo 864 del Código de Procedimiento Civil, que no se admitirá la promoción de pruebas documentales por parte de la Defensoría del Pueblo, salvo que se trate de documentos públicos.

7. Debe pedirse en nombre de la pluralidad de los sujetos titulares del bien común.

b. Providenciación de la demanda

Otras de las características que se pone de manifiesto en este proceso, es el papel protagónico del juez, quien debe ser mucho más activo, en razón de estar en juego intereses generales que requieren de una respuesta urgente y porque, normalmente, la parte demandada goza de gran poder económico y por ende político, a fin de evitar que este que este factor influya de modo protuberante en el curso y resultado final del proceso.

El juez debe ejercer despacho saneador, controlando que la demanda cumpla con los requisitos, de modo que si falta alguno ordenar su corrección, pudiendo mandar a ampliar la exposición de los hechos y de las pruebas. Más aún, teniendo en cuenta que en este procedimiento fue proscrita la oposición de cuestiones previas.

Además, por el mayor cariz inquisitivo que presenta dada la naturaleza de los intereses, lo cual se evidencia en la referida sentencia del 30 de junio de 2.000: “Si alguien demanda sin fundar su acción en derechos o intereses difusos pero el juzgador considera que de ellos se trata, deberá citar al proceso a la Defensoría del Pueblo, o a los entes que la ley establezca en particulares materias, y además hacer saber mediante edicto a todos los interesados, si no fueran procesos donde la ley los excluye y otorga la representación a otras personas.

En el auto de admisión de la demanda debe ordenarse la citación del demandado o demandados, mediante compulsa, pudiendo hacerse por telefax, correo electrónico, correo ordinario u otro medio que permita la recepción de la compulsa de la demanda.

Debe ordenar la notificación del Defensor del Pueblo y del Fiscal General de la República, a fin de que, si lo consideran conveniente acudan como terceros coadyuvantes a favor de las partes.

Igualmente, en el auto de admisión de la demanda, debe ordenarse la publicación de un edicto donde se comunique en forma general, a los titulares del bien, cuya tutela se pide de la introducción de la demanda.
Y de una vez, convocar para el quinto día siguiente al vencimiento del lapso de emplazamiento, a una hora determinada, para que tenga lugar la audiencia preliminar prevista en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil.

Así mismo, con el fin de evitar la multiplicidad de intervinientes en la audiencia preliminar, el juez puede, desde ese momento, escoger a una sola persona, de las múltiples que concurren, para que actúe como representante de los coincidentes.

c. La comunicación procesal en la fase introductoria

1) Citación de la parte demandada

Forma: Mediante compulsa, pudiendo hacerse por telefax, correo electrónico, correo ordinario u otro medio que permita la recepción de la compulsa de la demanda.

Finalidad: Para que conteste la demanda dentro de los diez días siguientes a la citación del último de ellos, o del último de los sujetos que deben ser

notificados, si éstos lo fueron después, o de que conste en autos la publicación del edicto dirigido a los sujetos titulares del derecho difuso o colectivo, si esto se hizo después de efectuadas las citaciones y notificaciones.

2) Notificación del Defensor del Pueblo y del Fiscal General de la República

A fin de que, si lo consideran conveniente acudan como terceros coadyuvantes a favor de la parte actora.

3) llamamiento general a los sujetos titulares del bien común cuya tutela se solicita

Finalidad: Para que intervengan como terceros adhesivos a la parte demandante. En este aparte debemos coincidir con el Dr. Paolo Longo, siendo coherentes además con lo sostenido a través de este trabajo, puesto que es incorrecto llamar terceros adhesivos a quienes actúan en razón de compartir un mismo derecho. Estos no se adhieren a la demanda como terceros, sino que son partes por ser co-titulares y dueños cada uno de ellos de la pretensión que se ventila.

De acuerdo a las teorías de los sujetos procesales, entendemos que los llamados a través del edicto, integran la parte demandante, según el concepto sostenido por José Chiovenda, para quien, parte demandante, es

quien demanda o aquel en nombre de quien se demanda una determinada actuación de la ley. Y tercero, es el sujeto que sin estar mencionado como demandante o demandado en la demanda, ingresa al proceso por reconocérsele una calidad diversa de la de litisconsorte. En consecuencia, no es exacto el término de “terceros” que utiliza la Sala respecto a estos sujetos, lo cual distorsiona la estructura de la relación procesal y altera los efectos de la decisión que recaiga, repercutiendo a la vez, en cuanto a los poderes y también las cargas procesales de estos sujetos.

Forma: A través de la publicación de un edicto, en dos diarios de circulación nacional.

d. Contestación de la Demanda

1) Oportunidad

Tendrá lugar dentro de los diez días siguientes a la citación o a la notificación del último de ellos o de que conste en autos la publicación del edicto, si éste se publicó después de efectuada la citación y la notificación.

La sentencia de la Sala Constitucional, modifica también la oportunidad para contestar demanda en el procedimiento oral, prevista en el encabezamiento del artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, que establece “el día fijado por las reglas ordinarias”, que en el caso de tratarse del plenario ordinario de mayor cuantía es de veinte días (artículo 344 CPC) y en caso de tratarse del plenario breve menor cuantía, es en el segundo día siguiente a la citación.

2) **Forma y requisitos**

Los llamados a juicio como demandados, procederán a contestar por escrito la demanda, sin que sean admisibles cuestiones previas, produciendo un escrito de contestación que contiene sus defensas o excepciones de manera escrita, sin citas jurisprudenciales ni doctrinales, y que además contendrá la promoción y producción de la prueba documental de que dispongan y de los testigos que rendirán declaración en el debate oral...".

Contestada la demanda, la Sala Constitucional deberá fijar uno de los cinco días siguientes y la hora para que tenga lugar la *audiencia preliminar,* a fin de procurar la conciliación en cuanto a los *hechos* alegados. En general, las partes deberán formular cualquier observación "que contribuya a la fijación de los límites de la controversia.

e. La Audiencia Preliminar

2) Finalidad

Que se haga la fijación de los hechos controvertidos, o lo que es lo mismo, se determinen los límites del debate.

Es una función ordenadora, que busca ponerle orden al debate, para que sólo se haga uso, de la prueba que estrictamente necesite el proceso.
No es un acto imprescindible de la cadena procesal, ya que, es posible que la audiencia no se lleve a cabo porque no concurra ninguna de las partes y el

proceso continué sin ninguna consecuencia, por cuanto de todas maneras el juez está obligado, mediante auto razonado, a hacer la fijación de los hechos, dentro de los tres días siguientes a aquel en que debía realizarse la audiencia preliminar; sirviéndole además, dicho auto, para abrir el lapso de promoción de pruebas.

A juicio de Ochoa (2003612) esta audiencia debería dársele una mayor utilidad, como hace el Código Modelo Procesal Civil Iberoamericano y la mayoría de códigos latinoamericanos y como lo contempla también, el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica, que utilizan la audiencia con el propósito adicional de sanear los defectos producidos en la constitución de la relación jurídico-procesal, con la demanda y la contestación. Más aún, sabiendo que, en la misma sentencia in comento, se proscribió de cuestiones previas.

2) Papel de las partes

1. En esta audiencia cada parte debe expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad.

2. Deben manifestar los hechos que consideren admitidos o probados con las pruebas aportadas con la demanda y la contestación.

3. Igualmente, deben señalar las pruebas que consideren superfluas o impertinentes o dilatorias.

4. Y en general, cualquier observación que contribuya a la fijación de los límites de la controversia.

3) Papel del Juez

Según la sentencia del 22 de agosto de 2.001, el juez puede intervenir en esta audiencia con la amplitud necesaria, interrogando a las partes y hasta terceros, “ponderando el derecho de defensa de los litigantes”. Puede requerir a las partes para que aclaren o precisen sus pretensiones o excepciones.

Tanto durante la audiencia preliminar como durante la audiencia oral, la Sala Constitucional tendrá amplias potestades inquisitivas para dirigir el debate e incluso interrogar a las partes.

4) Memoria

Se levantará un acta y se agregarán los escritos que hayan presentado las partes.

f. Auto de Ordenación del proceso

Dentro de los tres días siguientes al vencimiento de la oportunidad para la audiencia preliminar, la Sala procederá a fijar los hechos y límites de la

controversia, mediante auto razonado en el que determinará con precisión cuáles son los hechos sobre los cuales haya de recaer la prueba de una u otra parte, según sus pretensiones o excepciones; en el mismo, el juez analizará la demanda y la contestación así como la prueba documental producida y, en caso de haberse celebrado la audiencia preliminar, considerará también, los planteamientos formulados por las partes.
En este auto razonado, se abrirá también, si hubiere lugar a ello, el lapso de promoción de pruebas de cinco días, las cuales se evacuarán en un lapso no mayor al que rige el procedimiento común (artículo 868), en la audiencia oral.

g. Lapso de promoción de Pruebas

Será de cinco días, contados a partir del momento en que el tribunal lo disponga en su auto de ordenación del proceso.

Debe recordarse que, en la fase introductoria del proceso, con el escrito de la demanda y el de la contestación, cada parte tiene la oportunidad preclusiva de promover y producir la prueba documental de que disponga, así como promover los testigos que van a declarar. De modo que, ésta, viene a ser otra oportunidad, aunque más amplia.

Asimismo, hay que tener presente, que no se puede promover la prueba testimonial ni la documental, por cuanto la oportunidad para hacerlo precluyó con la demanda o con la contestación. Sin embargo, creemos, de acuerdo con el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, que si se puede promover y producir la prueba documental que sea de fecha posterior a la

demanda o a la contestación, según se trate, o que –incluso-, siendo anterior, la parte no pudo tener conocimiento de su existencia.

1) Providenciación de las Pruebas promovidas

Con el propósito de admitir o no las pruebas según su pertinencia, utilidad y legalidad en relación con el *thema probandum* y mediante auto razonado.

Y a renglón seguido, una vez admitidas, fijará la oportunidad para evacuar las inspecciones y experticias así como cualquier otra que por su naturaleza no pueda evacuarse en la audiencia oral, tomando en cuenta para ello la complejidad, sin excederse, en todo caso, del plazo ordinario de treinta días.

h. Evacuación de las Pruebas

1) Oportunidades

a) Antes de la Audiencia Oral

Las que por su naturaleza no es posible evacuar dentro de la audiencia oral, como son algunas experticias y la prueba de inspección. Sin embargo, el resultado debe ser llevado a la audiencia oral para que sea expuesto y puedan ser preguntados los expertos y las partes y demás sujetos intervinientes puedan hacer observaciones sobre el resultado o mérito.

En todo caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 863 ejusdem, las pruebas evacuadas fuera de la audiencia, se cumplirán bajo la dirección del mismo juez que debe pronunciar la sentencia, a menos que sea necesario comisionar al juez de otra localidad.

Por otra parte, la Sala Constitucional, en la misma decisión, considera que habría inmediación de segundo grado, aun cuando el juez no presencia in situ la evacuación de la prueba, siempre que la dirija de una manera mediata, utilizando técnicas y aparatos de control remoto, que le permiten aprehender personalmente los hechos mediante pantallas, sensores, monitores o aparatos semejantes (videos-conferencias, por ejemplo), coetáneamente a su ocurrencia.

b) En la Audiencia Oral

Allí se evacua, en presencia del juez, de las partes y demás asistentes, la mayor parte de los medios de prueba, especialmente la prueba testimonial y la de posiciones juradas.

i. La Audiencia Oral

4) Oportunidad

Una vez evacuadas las pruebas que por su naturaleza debían evacuarse fuera de la audiencia, el juez fijará para uno de los treinta siguientes del calendario y la hora para que se realice la *audiencia o debate oral,* que será presidida por el Juez, con la presencia de las partes o sus apoderados.

5) Desarrollo

La audiencia la declarará abierta el juez que la dirige. En tal audiencia el Juez dará el derecho de palabra a cada una de las partes, para que hagan una breve exposición, comenzando por el actor, pudiendo el juez preguntar a cualquiera de ellas, lo que crea conveniente para instruir la causa. Acto seguido se recibirán las pruebas, comenzando por las del actor.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 873 del Código de Procedimiento Civil, una vez recibida la prueba de una parte, el juez concederá a la contraria un tiempo breve para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas o las repreguntas a los testigos.

Según el criterio amplio de la Sala Constitucional, “bajo circunstancias que garanticen la autenticidad y el control de la prueba,” el juez dentro de la evacuación de las pruebas, en la audiencia oral, puede utilizar teléfonos, telefaxes o aparatos similares (radios, dispositivos eléctricos, etc) para comunicarse oralmente con personas, y recibir de ellos declaraciones.

J. Sentencia

5) Oportunidad

Concluido el debate, la Sala deberá deliberar “por un tiempo que no será mayor de treinta minutos” (875 CPC), pasados los cuales pronunciará su decisión. Dentro de los diez días siguientes deberá extender por escrito el fallo (cfr.: artículos 872, 875, 876 y 877).

Conforme al artículo 876 ejusdem, la sentencia será dictada en forma oral con una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho.

Y de acuerdo al artículo 877 del Código de Procedimiento Civil deberá publicarse dentro de los diez días siguientes.

6) Contenido

En principio decidirá con arreglo a lo pedido, pero podrá decidir más de lo pedido o fuera de lo pedido, lo cual es característico de las sentencias en sede constitucional.

La decisión podrá contener una orden de hacer o de no hacer, así como la condena al pago de los daños y perjuicios, cuando se haya causado un daño a un derecho difuso o colectivo, pago que se aplicará a la recuperación del bien afectado.

7) Requisitos

Debe cumplir con todos los requisitos que le permitan alcanzar el fin al cual está preordenado ese acto, como es la solución del conflicto de modo que pueda ejecutarse la decisión. Sin embargo, es posible que otros requisitos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil no se cumplan, como es el de la incondicionalidad del fallo, ya pueden imponerse condiciones y es posible que se nombre una comisión calificada de verificación acerca del cumplimiento.

“La Sala debe apuntar que en los procesos orales, regidos por el Código de Procedimiento Civil, y por mandato del artículo 877 ejusdem, el juez no tiene la obligación de dar cumplimiento al artículo 509 del mismo código, bastando señalar los motivos de hecho del fallo y la fuente de los mismos.”

8) Efectos

Van a ser de largo alcance, expansivos, pero siempre, conforme a la “regla de los efectos interpartes”, por cuanto en nuestra opinión, bien en el caso de los intereses difusos o en el de los intereses colectivos, la parte demandante va a estar integrada por todos los sujetos afectados, así éstos no estén físicamente en el proceso, pero si jurídicamente, a través de quien haya asumido el ejercicio de la acción, quien los representa.

Debería consagrarse, como en el Anteproyecto de Código de Procesos Colectivos y en el mismo Código Modelo Procesal Civil para Iberoamerica que, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, la pretensión podrá volver a plantearse en otro proceso por otro legitimado. Y que, en caso de mala fe, de quien asumió el ejercicio del derecho de acción, éste será condenado en costas procesales, sin perjuicio de la responsabilidad civil en que haya podido incurrir.

C. EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

En lo relacionado con las ***acciones de amparo***, cabe destacar que aparte del amparo por violación de derechos fundamentales, también se ha reconocido la posibilidad de ejercer acción de amparo frente a las lesiones sufridas por los ***usuarios de un servicio público*** derivadas de la ejecución del contrato de servicios. En ese sentido, la Sala Constitucional (Sentencia del 8 de diciembre de 2000. Caso: *Transporte Sicalpar*) ha señalado que el sólo incumplimiento de los derechos y obligaciones derivadas de la concesión no justifican una acción de amparo constitucional, pero cuando el abuso de ese derecho por parte de la Administración vacía de contenido un derecho humano fundamental o una garantía constitucional haciéndolo nugatorio (como ocurriría por ejemplo con el aumento unilateral desmedido y arbitrario de las tarifas del servicio), se está en presencia de una violación directa de la Constitución que da pie al amparo y que en virtud de la prestación masiva de los servicios públicos permitiría, incluso, el ejercicio de

un amparo protector de derechos e intereses difusos o colectivos por parte de la Defensoría del Pueblo.

Esta posición encuentra fundamento, a juicio de la Sala, en el artículo ***117*** de la ***Constitución*** que concede el derecho a toda persona de disponer de servicios de calidad y de recibir de éstos un trato equitativo y digno. Así, si bien dicho artículo establece que la Ley garantizará tal derecho, el hecho de no que exista la misma no impide al afectado por la mala prestación de un servicio público o la abusiva conducta del concesionario pedir el restablecimiento de su situación jurídica por vía de amparo. De allí que, la suspensión o privación del servicio fundada en falta –de pago por un servicio que no se recibió efectivamente, o cuya recepción no puede ser demostrada, o que no corresponde a una tarifa o suma razonable, constituye un abuso que enerva derechos constitucionales cuya protección puede ser solicitada por los usuarios a través de la acción de amparo constitucional.

En este punto, es necesario distinguir entre la tutela de intereses difusos y colectivos que se da en ***procesos contencioso-administrativos*** de nulidad de actos de efectos particulares y cuando se desee buscar el resarcimiento por los daños sufridos o el cumplimiento de obligaciones; y en procesos de ***amparo constitucional*** las cuales serán procedentes si la lesión proviene de violaciones constitucionales y existe la posibilidad de restablecer la situación jurídica infringida. Conviene hacer esta distinción, por cuanto la mayor parte de la doctrina, ha tratado el tema de manera confusa, aplicando los mismos criterios a estos procedimientos cuya naturaleza es, evidentemente, distinta.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha sostenido que las ***acciones de amparo constitucional*** sólo serán procedentes si la lesión proviene de violaciones constitucionales y existe la posibilidad de restablecer la situación

jurídica infringida, en cuyo caso el procedimiento aplicable será el previsto para las acciones de amparo. Además, la Sala Constitucional ha reconocido la procedencia de amparos frente a las lesiones sufridas por los usuarios de un servicio público (TSJ/SC de 08.12.2000, caso *Transporte Sicalpar*).

1. Antecedentes

El objeto del amparo, es la protección de garantías y derechos constitucionales. En numerosas oportunidades, el tribunal Supremo de Justicia ha restringido la legitimación a los accionantes en materia de Amparo, limitando la legitimación activa a algunos entes entre ellos la Defensoría del Pueblo, no obstante haberle otorgado el legislador un acceso amplio a los sujetos de derechos, a las colectividades organizadas y entes, así como una protección amplia para los derechos de tercera generación y que abrazan algo más que un interés personal.

Si bien gran parte de la doctrina y de la Jurisprudencia apuntaban hacia una legitimación restringida de la acción de amparo, quizás sería en parte, por temor a que ésta se tornara más ordinaria y menos subsidiaria.

Chavero (2001,33) cita algunas decisiones jurisprudenciales, entre ellas: Caso *"Simón Herbert Faull", 02/05/96,* Sala Político-Administrativa de la Corte suprema de Justicia en donde: " ...se confunden las nociones de interés difuso con la de los derechos colectivos" y deslegitima al accionante por solicitar la protección del derecho a la vida y los derechos ambientales pues "con el caso

planteado no puede abrogarse la representación de los demás miembros del colectivo, es tanto como decirle al actor que perdió su derecho porque también pertenece a los demás.

Al respecto el profesor Badell Madrid (2001) expresa:

> "De esta forma, atendiendo al carácter personalísimo de la acción de amparo se estimaba que sólo las personas directamente afectadas en sus derechos fundamentales por un acto hecho u omisión estaban legitimadas para pedir su restablecimiento por vía de amparo.

2. Legitimados

b. Legitimación Activa

Pueden ser legitimados activos: a) los titulares de derechos subjetivos para la protección o ejercicio de los mismos, sin hacer distinción a priori entre estos pues consideramos que estos derechos subjetivos pueden ser tanto singulares como plurales, como hemos venido explicado. b) Los sujetos de derecho que posean un interés, y en este mismo orden de ideas puede ser un interés individual, colectivo o difuso. Vemos entonces que el problema del interés colectivo y difuso trasciende de ser de derecho sustantivo al adjetivo.

A quien el Derecho le reconozca, su derecho, estará automáticamente habilitado para interponer la acción de amparo en el momento que considere pertinente para protegerlo.

Por otro lado tenemos que se encontrará legitimado también, para intentar la acción de amparo, aquel sujeto de derecho que a pesar de no ser titular de un derecho subjetivo, posea un interés que lo ponga una situación especial de hecho frente a la violación constitucional. Este interés se venía entendiendo, por muchos años, como de carácter personal.

Pero no sólo el texto constitucional nos ha dado los indicios para afirmar que la legitimación activa en el amparo se parece cada día mas a una acción popular y se aleja de esa acción personal, legitima o directa, mucho más cuando se trata de la protección de derechos colectivos y de los intereses difusos. La Jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional ha hecho lo propio y se ha pronunciado a favor de librar de formalidades.

La Sala Constitucional en sus últimas sentencias, ha dilucidado quienes son los beneficiarios de los derechos colectivos y por ende los legitimados activos:

> "...Es beneficiaria de los derechos colectivos una agrupación de individuos subjetivamente indeterminados que gozan o pueden gozar de la satisfacción de un interés común, lo cual significa que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común derivado del disfrute de tales derechos colectivos. (107 Sentencias de la Sala Constitucional: (i) Caso: *Félix Rodríguez,* del 19/12/2002 y (ii) Caso *Claudio Ramón Betancourt Liscano.* de fecha 16/02/2004).

La Sala con amplitud de criterio expresó incluye a las asociaciones de hecho y a las agrupaciones eventuales como legitimadas activas para solicitar la defensa de derechos colectivos.

En conclusión la legitimación activa para recurrir en amparo le pertenece a las colectividades, bien sea personas jurídicas (asociaciones o agrupaciones reconocidas por el derecho) o las personas complejas de hecho, es decir una colectividad que sin cumplir con los requisitos del Derecho Civil para configurarse como persona moral, es visiblemente identificable (electores, vecinos, etc.), o a los miembros de estas colectividades.

Tanto particulares como personas jurídicas cuyo objeto sea la protección de tales intereses, podrán incoar las acciones y la legitimación en todas estas acciones es variable, de acuerdo a la naturaleza de las mismas, de allí que la ley puede limitar la acción en determinadas personas o entes. Sin embargo, en nuestra Constitución, en los supuestos del artículo 281, se otorgó objetivamente el interés procesal y la legitimación de derecho a la Defensoría del Pueblo (Sentencia *Defensoría del Pueblo,* 30/06/00, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, ponente: Jesús Eduardo Cabrera).

De acuerdo al examen jurisprudencial, la Defensoría del Pueblo siempre tendrá un interés procesal *ex lege* para intentar las acciones de amparo necesarias (en el marco de esta investigación), para que se tutelen las violaciones constitucionales a derechos que son de interés plural. Desde nuestro punto de vista no nos parece una interpretación lógica que se entienda que ella es la única procesalmente interesada en proteger y solicitar tutela reforzada de estos derechos constitucionales.

Una vez creada esta norma jurídica individual se aplicará, a lo sujetos procesales. En el caso de la acción de amparo para la protección de intereses colectivos y difusos, se sabe que el sujeto activo es una pluralidad de personas jurídicas *(lato sensu)* y es por ello que muchas veces, o por lo menos en los casos de intereses colectivos los efectos serán *erga omnes.*

En el amparo, como todo recurso judicial, la sentencia se presenta como la forma regular de terminación del proceso, lo que no quiere decir que no sea la única. Sin embargo cualquier otro medio de terminación, en virtud de la naturaleza jurídica de la acción y de los propios derechos que tutele, deberá estar debidamente homologada por el Juez competente, quien determinará, a los efectos de imponer sanciones, la temeridad de la acción y la procedencia o no de la terminación, ya que visto que se sometió al conocimiento de una Juez constitucional una situación supuestamente atentatoria contra los derechos fundamentales, este Juez no puede dejar de pronunciarse sobre el punto.

b. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva en el amparo esta constituida por aquel de quien provenga la lesión al libre goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (Ayala, 1991, 129).

En el caso del amparo la acción será ejercida ante un juez constitucional de acuerdo a su competencia, estando dirigida la pretensión contra cualquier sujeto que amenace o se encuentre vulnerando un derecho de rango constitucional. La acción de amparo va a ser ejercida por ante un juez

constitucional (en referencia a su competencia), pero la pretensión de amparo va a estar dirigida contra aquel sujeto que amenace o se encuentre vulnerando un derecho de rango constitucional.

En cuanto a la legitimación pasiva, ha sostenido por la ex -magistrada Hildegard Rondón de Sansó (1994) cuál es la necesaria cualidad o cualificación para comparecer en juicio pasivamente:

> *2) Legitimidad del presunto agraviante:* En relación con el sujeto contra el cual se ejerce la acción, se requiere que deba ser susceptible de sufrir los efectos derivados de su ejercicio, esto es, que la acción u omisión lesiva, o que constituye una amenaza de ello, le sea imputable.

En el caso del amparo, desde el punto de vista del derecho comparado, la legitimación activa fue concebida para los entes públicos, entonces el amparo sólo protege a los accionantes contra los excesos de la función de los entes públicos, pero no protege de las amenazas de los particulares o del resto del universo.

En la doctrina española al determinar los fines del recurso de amparo sostiene:

> "El recurso de amparo, tal y como lo dispone el Art. 42,2 tan sólo protege a los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades cometidas por 'disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.
> Lo que viene a establecer la redacción del precepto (un tanto engorrosa, pues el concepto poder público es omnicomprensivo de todos los demás entes citados) es que no toda lesión de un

> derecho fundamental puede hacerse valer en un recurso de amparo, sino tan sólo las dimanantes de los poderes públicos, pues en definitiva, el recurso de amparo está concebido para proteger al ciudadano de las infracciones que, contra tales derechos pueda acometer el Estado..(Castro y Cendra, 1992, 124)

Podemos, al igual que Korody (2004,99) preguntarnos:

> […] ¿Qué pasa en situaciones que se alega un interés colectivo o difuso?: Entendemos que nada. Sería casi un sacrilegio desestimar una acción de amparo en defensa de un interés colectivo o difuso por falta de cualidad del legitimado pasivo, a no ser, y como ya lo veremos en el tema de la procedencia del amparo constitucional, que este sujeto no pueda aportar un restablecimiento de la situación constitucional violada o amenazada.
>
> Como podemos deducir de lo anterior, no se pudiera desestimar una acción de amparo por falta de cualidad del demandado (sujeto pasivo) en amparo constitucional por un interés difuso colectivo, sino que ese demandado no puede satisfacer el pedimento de amparo, que es otra situación jurídica de fondo o procedencia. Lo más importante es que este sujeto legitimado pasivo sea, por lo menos, identificable.
>
> En todo caso, si la pretensión va dirigida contra alguien que aún siendo el autor material de una violación o amenaza a un derecho constitucional no puede responder jurídicamente, bien sea por un estado de necesidad o por alguna causal de irresponsabilidad, para demostrar ello en juicio tiene que asistir al mismo y alegar esa defensa perentoriamente.

La Sala Constitucional al declararse competente para conocer de las acciones de amparo en materia de Intereses colectivos y Difusos ha monopolizado el conocimiento de las mismas creando límites para el acceso a la justicia. Resulta entonces difícil de encajar esta decisión en el principio constitucional de acceso a la justicia, ya que los tribunales de instancia no

pueden ser competentes para conocer de acciones de amparo por intereses colectivos y difusos, en razón del artículo 7 de la ley de amparo, es decir competentes por el territorio y por materia afín, con la excusa de las prerrogativas que tiene la Sala Constitucional de interpretar los preceptos fundamentales, ya que existe otro mecanismo que le permite a la Sala seguir teniendo el control de las interpretaciones constitucionales, en la defensa de los intereses colectivos y difusos, como lo es la Revisión Constitucional, prevista en ordinal 10 del artículo 336".

La doctrina y la jurisprudencia han establecido que el acceso a la justicia no sólo se garantiza con la posibilidad a elevar una pretensión ante un órgano jurisdiccional, a través de la acción, sino también en cuando se refiere al acceso físico, es decir, permitir el paso a un Tribunal; de esta manera queda limitado dicho acceso: Sin embargo esperamos que una vez reformada la ley orgánica de Amparo y regulados estos derechos e intereses colectivos y Difusos, exista una más equitativa distribución de las competencias .
En una discutida sentencia, la Sala Constitucional, interpretó el artículo 26 de la Constitución relación al acceso a la Justicia:

> "El artículo 26 de la Constitución expresa que toda persona tiene derecho de a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, y a la tutela efectiva de los mismos.
> El acceso a la justicia se le garantiza así directamente a toda persona natural o jurídica, mediante el ejercicio de su derecho de acción a través de la demanda, la cual, para ser admitida, debe cumplir determinados requisitos, pero la acción, como llave para mover la jurisdicción, la tienen todas las personas capaces que solicitan justicia, sin necesidad de utilizar intermediarios para ello, a menos que se garanticen una serie de derechos que obliguen al intermediario a actuar. (Sentencia Antejuicio de Mérito 20/06/2002)

Otro punto importante al que hay que hacer referencia cuando tratamos el punto de la competencia, es que en cualquier caso la protección de los intereses colectivos y difusos jamás podrá ser objeto de jurisdicción voluntaria o arbitraje, dada la característica de orden público que revisten los derechos que se buscan tutelar. Pareciera obvio pero es bueno dejarlo claro.

3. Admisibilidad del Amparo

La "admisión", es el acto procesal mediante el cual el Tribunal hace una revisión *in limine litis,* de algunos elementos, casi todos ellos de carácter adjetivos, en procura del principio de economía procesal.

La admisibilidad en materia de amparo, se encuentra regulada en el artículo 6 de la parcialmente vigente Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En la petición de amparo se presenta cierta confusión entre los requisitos de admisibilidad, con los requisitos de procedencia de una petición de amparo por violación de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

El estudio de los requisitos de admisibilidad o, como lo establece el legislador, de inadmisibilidad, comprende el análisis y verificación de las exigencias mínimas que debe contener toda petición de amparo.

Conforme con Canova, Chavero, Hildegard, Linares y la propia Ley, los requisitos de inadmisibilidad se encuentran establecidos en los numerales del artículo 6 de la tantas veces nombrada Ley de Amparo y también en otras normas, a saber: arto 18 (contenido del libelo) y arto 19 (despacho saneador) de la Ley Orgánica de Amparo y at. 341 (admisión de la demanda) del Código de Procedimiento Civil.

En lo referente a la legitimación en materia de amparo, para salvaguardar intereses colectivos y difusos, la experiencia jurisprudencial ha sido la de resolver las cuestiones relativas a la cualidad procesal *in limine litis,* y en raras ocasiones se ha resuelto en la sentencia de mérito. En el presente caso, la regla que se debe aplicar es a la inversa puesto que la cualidad procesal constituye un elemento inherente al fondo de la demanda. La declaratoria de la falta de cualidad *in limine litis*, de acuerdo a lo expuesto por Loreto presupone:

> La falta de cualidad activa y pasiva puede funcionar como causa de inadmisibilidad de la demanda y como causa de que se la considere infundada; en términos de la doctrina moderna del proceso puede decirse que la falta de cualidad puede asumir dos funciones distintas: como presupuesto procesal y como condición de la acción. En el primer caso la falta de cualidad no conduce a una sentencia de mérito ya que, precisamente, la excepción alegada tiene como único fin impedir que se entre a discutir sobre el fondo del asunto; en el segundo caso, la excepción de falta de cualidad no impide que se pase a la discusión de fondo, antes bien, presuponiéndola, tiene por objeto declarar la demanda infundada (Loreto, 1987, 219).

Ello significaría que la falta de legitimación no constituye un pronunciamiento sobre el mérito de la pretensión sino sólo el hecho de que, quien la hace valer en el proceso, está legalmente impedido:

> […] el juicio sobre la legitimación es constatar la identidad lógica entre la persona a quien la ley concede el derecho o poder jurídico o la persona contra quien se concede, y la persona que lo hace valer y se presenta ejercitándolo como titular efectivo o contra quien se ejercita en tal manera, y ello no significa un juicio sobre la procedencia de la pretensión. La sentencia del juez no podrá declarar la "improcedencia de la pretensión" sino, en todo caso, la inadmisibilidad. En aquellos supuestos en que, obviándose el problema de la titularidad, se ha llegado a la conclusión sobre la improcedencia de la pretensión, por ser inexistente el derecho subjetivo alegado o porque el demandado satisfizo el interés del actor, ya no se trata de un problema de legitimación sino, en efecto, un juicio sobre el mérito mismo de la pretensión (Ortiz, op. cit. 534)

Es así que la determinación de las cuestiones relativas a la cualidad en materia de amparo de intereses colectivos y difusos no se declaran in limine litis sino como mérito de la causa. La declaratoria de la falta de legitimación corresponde a una decisión del fondo, es decir de procedencia o improcedencia de la pretensión. La improcedencia por tanto, no se declara *in limine lítis* sino como mérito de la causa, a diferencia de la inadmisibilidad, la cual sólo puede declararse *in límine litis.* El problema sería a nuestro entender en el caso de la legitimación en materia de amparo a favor de intereses colectivos y difusos, al declararse la inadmisibilidad por falta de cualidad in limine litis, el juez está impedido de entrar a conocer el fondo de la causa, y los efectos de la declaratoria son contraproducentes para quien ejerce la acción.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en amparo constitucional interpuesto en junio de 2000 por varios gobernadores del país en contra del Ministerio de Finanzas declaró la improcedencia *in limine litis,* de la pretensión de por falta de cualidad de los actores. (TSJ. Sala

Constitucional: *Sentencia de 21 de noviembre de 2000 (Gobernador del Estado Mérida y otros vs Ministerio de Finanzas, exp.00-1901)*.

De manera, que si queremos favorecer una revisión *in limine litis* para la admisión de la acción de amparo en materia de intereses colectivos y difusos, debemos analizar los siguientes aspectos que nos sugiere Korody (op. Cit. 112):

1.- Competencia. Corresponde a la Sala Constitucional ya que ésta ha establecido es la competente, por lo que cualquier acción que se intente en algún Tribunal diferente debe ser remitido inmediatamente a esa Sala.

2.- Legitimación activa: En el caso de los intereses colectivos demostrando el vínculo de unión con el grupo y en el caso de los interese difusos, debe atenerse al estudio del caso concreto para determinar si los intereses involucrados son difusos, y proceder a la admisibilidad.

3.- Numerales 6 *y* 8 *del Artículo* 6 *de la Ley de Amparo.* Consideramos que el resto de los numerales, servirán para dar indicios sobre la procedencia o no de las acciones de amparo, en cuanto al numeral 7, se considera parcialmente derogado. Causas de Inadmisión: a) acción de amparo cuando se trata contra decisiones judiciales del máximo Tribunal de justicia (numeral 6) en procura de la garantía constitucional de la cosa juzgada, b) Cuando exista otra acción intentada contra los mismos hechos. En ese caso consideramos que el remedio procesal correspondiente es la Litis pendencia.

4.- Artículo 84 *de la Corte Suprema de Justicia.* Consideramos que debe hacerse la revisión de los numerales conforme a lo expuesto anteriormente.

5.- Adicionalmente no debe admitirse ninguna acción contraria a la ley ni al orden público, según lo prescribe el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil. Habría que ver el caso concreto.

La admisibilidad, conlleva también la posibilidad de recurribilidad, contra la decisión que admite una demanda, no cabe recurso alguno. Para el auto que inadmite la acción de amparo, como toda decisión de esta naturaleza es apelable en ambos efectos y en el caso particular del amparo debe tener consulta obligatoria. Una de las dificultades constatables es la competencia de este recurso: La Sala Constitucional es la únicamente competente para conocer de dichos recursos.

4. Fases del procedimiento

a. Procedimiento del amparo autónomo previsto en la ley de amparo de 1988

La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establecía 2 tipos de procedimientos, a saber:

1. Amparo inaudita parte. Establecido en el Art. 22 de la Ley. (Abrogado).
2. Procedimiento contradictorio propiamente dicho. Art. 23 de la Ley:

b. Amparo inaudita parte. Establecido en el Art. 22 de la Ley. (Derogado).

a. Presentación del Amparo de forma escrita u oral.
b. Admisibilidad. El Juez se pronuncia sobre la admisión del amparo. Art. 6 LOA. (Puede haber decisión sobre medidas cautelares).

c. Notificación del presunto agraviante y al Ministerio Público. Respecto a en que momento empiezan a correr los lapsos, la misma notificación ordenaba que fuera luego de que constara dicha notificación en los autos.

d. Luego de notificado el presunto agraviante tenía 48 horas para presentar el informe constitucional. Bajo pena de aceptación de todos los hechos que se le imputaban.
e. Luego de presentado el informe constitucional, entonces nacía un lapso de 96 horas para la fijación y realización de la audiencia constitucional.
f. El Tribunal tenía 24 horas para emitir la decisión.

g. Publicada la sentencia las partes tienen 3 días para ejercer el recurso de apelaciónl61 en segunda instancia. El Tribunal superior tiene 30 días para decidir dicha apelación. Luego de la apelación procedía la consulta obligatoria por el Superior.

Este procedimiento fue el aplicado desde 1988 en adelante, hasta que en 1999, con la llegada de una nueva carta magna y sus instituciones, se previó un nuevo procedimiento para la tramitación del amparo. En virtud de ello la jurisprudencia hizo una serie de cambios en el proceso de amparo.

c.- Nuevo procedimiento para tramitar amparos autónomos

a. La interposición, la cual puede ser: oral (con levantamiento de acta respectiva), escrita: *e-mail. Teléfono, telegrama, fax,* etc. En las nuevas formas de presentación o interposición deben ratificarse en los 3 siguientes.

b. Luego de interpuesto el amparo el Tribunal tiene varias opciones:

- Admitir el amparo
- Usar el llamado despacho saneador
- No admitir el amparo. (de acuerdo a los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo, el juez constitucional, en su por inquisitivo, puede ordenar la reforma de algunos aspectos le amparo; de no hacerlo se declarará inadmisible el amparo). Aunque de encontrarse causal es de inadmisibilidad sobrevenidas o no establecidas antes de la audiencia constitucional, el Tribunal Constitucional pudiera declarar inadmisible la acción.

Este será el momento para dictar las medidas cautelares solicitadas con la interposición del amparo.

Respecto a la admisibilidad del amparo, la Corte Primera de lo Contencioso administrativo, estableció que esas causales del artículo 6 de la Ley de Amparo no eran de admisibilidad sino de procedencia a excepción de las causales 6 y 7. La CPCA lo que hacía era entonces darle entrada al amparo aplicando Supletoriamente el CPC con relación a la admisión de las demandas, dejando el análisis de dicho artículo 6 para la sentencia definitiva. Luego la Sala Constitucional ha venido estableciendo que las causales del artículo 6 son para admitir el Amparo. (Sentencia de la Corte en lo

Contencioso Administrativo de fecha 1º/2/2000, Magistrado Rafael Ortiz Ortiz).

c. Luego se notificará al presunto agraviante y al Ministerio Público Mediante boleta, por e-mail, teléfono, telegrama, o cualquier otra comunicación interpersonal. (aunque hay quienes sostienen que también debería notificarse a la Defensoría del pueblo), mediante cualquier medio.

d. Después de haberse notificado a las partes, se abre de un lapso de 96 horas para que se lleve a cabo la Audiencia Constitucional. La Sala elimina el acto de informes, aunque la práctica forense, obliga al litigante a una vez notificado y revisado el libelo presentar el día de la Audíencia oral un escrito de conclusiones escritas.

En otro sentido, la tarea probatoria para las partes en al amparo, comienzan en momentos desiguales, pues para el accionante comienza con su promoción en el momento en que interpone el escrito de amparo, mientras que para el presunto agraviante comienza en la misma audiencia constitucional. Sin embargo en la CPCA ambos sujetos intervinientes en el amparo pueden promover y evacuar pruebas en la misma audiencia constitucional.

e. Concluida la Audiencia Constitucional, el juez tiene dos (2) posibilidades: dictar el dispositivo del fallo, o difiere la decisión del fallo por 48 horas, por considerar que hay una prueba que falta por evacuar. La decisión del juez debe ser de forma oral el mismo día de la audiencia, sin necesidad de motivarlo, y luego el juez tiene 5 días para publicar la sentencia de forma motivada. Las partes tienen 3 días para ejercer el Recurso de Apelación, luego de que se publique la sentencia. Si sale extemporáneamente la

sentencia, se puede apelar al quinto día siguiente, y luego cuando la publiquen.

La Sala Constitucional ha sido cambiante al aplicar un procedimiento para las acciones que ellos han denominado de intereses colectivos y difusos.

Así pues, los primeros amparos fueron tramitados a través del nuevo procedimiento antes descrito, luego en el caso relativo a los "Créditos Indexados", la Sala estableció un procedimiento para la tramitación del mismo:

> Uno de los poderes del Juez Contencioso-Administrativo, es crear el procedimiento si no se encuentra uno regulado para el caso concreto. Es un poder que consideramos conserva también el Juez Constitucional, el abuso de este poder, como cualquier abuso lo prostituye y lo hace ineficaz. Sin embargo la Sala ha expresado lo siguiente: "Conforme a esta posición, que ya ha sido sostenida por la Sala desde el fallo del t o de febrero de 2000, la Sala no sólo puede reformar y aplicar procesos ya existentes, adaptándolos al articulo 26 citado, sino que ante los efectos extensivos de una declaratoria sobre los alcances de la norma constitucional, que puede perjudicar a terceros, siendo lo lógico llamarlos a juicio, puede ordenarlo, asi el accionante ni siquiera los haya mencionado, pero siempre que el Juez Constitucional tenga certeza de que puedan verse afectados en sus derechos e intereses, debido a los efectos *erga omnes* del fallo, o considere que deben participar en alguna forma en el proceso por ser necesariamente co-obligados en la prestación que se demanda.

Asi mismo, ante la ausencia de procedimientos señalados en las leyes, y la necesidad de adaptar el proceso a las previsiones del articulo 26 de la vigente Constitución, la Sala, a fin de que dicho artículo tenga vigencia, ha implantado .a procesos ya existentes, los requisitos de oralidad, gratuidad, celeridad, ausencia de dilaciones indebidas y formalismo inútiles (no

esenciales), que Informan a nivel constitucional la administración de justicia, como ya lo hizo con el procedimiento de amparo en sentencia del 1º de febrero de 2000 (Caso: *José Amando Mejía)."* Sentencia *"Créditos Mejicanos <Admisión>"del* 22/081200 t, Sala Constitucional.

Señaló, la Sala Constitucional que los accionantes intentaron un acción de amparo constitucional para la protección de los Intereses colectivos y difusos, cambió la calificación de la acción y en nuestra opinión también la pretensión y conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del al Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia consideró un procedimiento especial para la tramitación de acciones por intereses colectivos y difusos, en la cual en virtud que "la acción se fundamenta en el resarcimiento de los daños sufridos por los lesionados, o en la pretensión de cumplimiento de obligaciones , entre otros diferentes a la simple restitución de una situación jurídica particular, que es la finalidad del amparo constitucional (Sentencia de Créditos Mejicanos <Admisión> del 22/08/2001. Sala Constitucional).

5. Condiciones de Procedencia del Amparo.

La procedencia del Amparo, es la declaración que emerge del órgano jurisdiccional a través del estudio de los elementos que conforman la pretensión del accionante confrontada con las defensas empleadas por el demandado, con el fin de ser verificada la violación o amenaza del derecho fundamental, para luego ordenar el restablecimiento o reparación de la situación constitucional infringida.

De acuerdo con lo sostenido por Chavero (2001,181), así como en general la doctrina nacional, los requisitos de procedencia de toda acción de amparo son los siguientes: a) El hecho lesivo, atendiendo a lo que la ley establece (como requisitos de inadmisibilidad) en los numerales 1°, 2°, 3° Y 4° del artículo 6, en donde exigen, en ese orden, la actualidad, reparabilidad , el no consentimiento y/o la amenaza de lesión; b) lesión de un derecho o garantía constitucional y c) el carácter extraordinario de la acción de amparo constitucional.

En primer lugar, debemos desligamos del primer requisito que enuncia el respetado profesor Chavero y en este sentido cabe hacerse el siguiente cuestionamiento: ¿debe tener tanta especialidad el hecho lesivol77 que se denuncia como violatorio de los derechos fundamentales?

Por otro lado, dentro del primer requisito y como argumento a favor de su distanciamiento, tal y como Insiste el doctor

Como podemos afirmar, poco a poco la Sala Constitucional, ha ido abandonando el criterio clásico, confuso y restringido de la procedencia de la acción de amparo, así la llame admisión, apuntalando más hacia un sistema de protección sustantiva y menos adjetiva, en tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo:

> "...En otras palabras, la acción de amparo es inadmisible cuando el agraviado haya optado por recurrir a vías ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes; por argumento a contrario es admisible, entonces, si el agraviado alega injuria constitucional, en cuyo caso el juez debe acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 Y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a fin de ordenar la sus

> pensión provisional de los efectos del acto cuestionado. Ahora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente. De otro modo, la antinomia interna de dicho artículo autorizaría al juez a resolver el conflicto de acuerdo con las técnicas integrativas de que dispone el intérprete (H. Kelsen,Teoría pura del derecho, Buenos Aires, Eudeba, 1953, trad. De Moisés Nilve).Sentencia 2396/2001. caso parabólicas Service´s Maracay , C.A. citada con el fallo "Aristóbulo Istúriz", TSJ, SC, 4/12/2001.

La Sala Constitucional establece un criterio de procedencia para el amparo, poniendo así en discusión el requisito No. 3, correspondiente a la extraordinariedad del amparo y para muchos el carácter subsidiario (Korody , op. Cit., 124).

Para Korody (op. Cit.128), los requisitos de procedencia de Amparo Constitucional son dos: 1) la violación o amenaza del ejercicio de los derechos fundamentales visto desde un punto de vista material o sustantivo; b) La representación de una solución lógica jurídica de reparabilidad de la situación constitucional infringida.

En el primer caso, se trata de observar cuál es el derecho fundamental alegado y su forma de conculcación.

Por tanto, dentro del primer punto, el Juez constitucional tiene el deber de identificar cuando se está en presencia de un interés plural o no. Esto en determinadas ocasiones ha sido decidido acertadamente por la Sala Constitucional:

No obstante el examen de la solicitud presentada, y de los recaudos consignados, puede advertir la Sala que la presente acción de amparo no se ejerce en función de una violación directa a los derecho constitucionales de la esfera jurídica individual de los accionantes, sino que reúne ciertas características propias de una acción ejercida por intereses colectivos o difusos…". (Sentencia "Centro de Información Ecológica (Cineco)" 20/02/2002. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional)

En esta sentencia, aún cuando no se había solicitado la protección de los intereses colectivos y difusos de los alegantes y posibles afectados, la Sala identificó que la situación denunciada reunía características de "acción ejercida por intereses colectivos y difusos"

La situación jurídica infringida, en segundo lugar debe ser posible su reparación ya que en el momento de dictar la sentencia correspondiente será declarada la existencia de un derecho, el de los accionantes y de los afectados y se ordenará la cesación del derecho que ha sido lesionado a los recurrentes a través de la medida que en este caso corresponda de acuerdo a la Ley.

El Juez constitucional frente a la situación específica deberá resolver conforme a los siguientes principios: el de proporcionalidad y el principio de eficacia para lograr la reparación del daño.

6.- Efectos de la Sentencia

Cuando nos referimos a los efectos de la sentencia, nos estamos refiriendo a dos efectos fundamentalmente: (i) el interpartes (ii) la cosajuzgada, esta última como una garantía básica en todo proceso judicial.

Con respecto al primer punto, el efecto interpartes, ha sido un punto tan controvertido en la doctrina y en la jurisprudencia como lo ha sido la concepción o carácter personalísimo de la acción de amparo.

Con la positivización constitucional de los intereses colectivos y difusos, principalmente en el artículo 26, se ha abierto la posibilidad para el reconocimiento de los efectos extensivos de un mandamiento de amparo a una pluralidad de sujetos que reúnan las condiciones para intentar una pretensión en defensa de derechos difusos o colectivos.

Con esta tendencia la más reciente doctrina ha sido conteste, al considerar que con el reconocimiento normativo de estos derechos de amplio espectro resulta indispensable además considerar los efectos amplios de la sentencia para los afectados.

Como sabemos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha sido fluctuante en este sentido, siendo uno de los puntos de mayor dificultad en la justificación de estas decisiones quién puede atribuirse la representación del colectivo válidamente, así como la cantidad de elementos de cualquier tipo que pueden influir para arrogarse tal potestad.

A este respecto, Chavero (op. cit. 333) ha indicado:

> En efecto no tendría sentido permitirle el acceso a determinadas organizaciones o grupos representativos al proceso de amparo constitucional, a los fines de buscar protección de derechos de alcance general, si no se permite que la decisión arrope a todos los afectados por el hecho lesivo.

Badell Madrid a la par ha expuesto que:

> Con la nueva Constitución se ha flexibilizado la rígida negativa que mantenía la jurisprudencia respecto de los efectos *erga omnes* de las sentencias de amparo bajo el argumento de que el accionante no podía atribuirse, ni siquiera implícitamente la representación del colectivo (Op. Cit., 2002, 123).

Algunos casos representativos de los diversos criterios que han sido dirimidos ante el Tribunal Supremo de Justicia han sido la sentencia de las Megaelecciones, en donde la Sala reconoció legitimación activa suficiente a los peticionantes, considerando procedente su protección de amparo, decidiendo que para la protección reforzada de los derechos fundamentales y su efectividad, se debía acordar que la sentencia sería *erga omnes*, para todos los electores nacionales. Estableció entonces la sala el criterio de efectos ampliados de los mandamientos de amparo de intereses colectivos y difusos (en este caso colectivos).

En otra representativa sentencia en la que se solicita protección de intereses colectivos a los enfermos de VIH SIDA (Sentencia Enfermos de Sida vs Seguro Social" TSJ. SC, 06/04/2001), EL Tribunal Supremo de Justicia considera que tales derechos son colectivos en razón de la determinabilidad de los sujetos afectados y restringe el concepto elaborado en diferentes fallos, negando los efectos *erga omnes* y limitando los beneficios del

amparo a quienes hubieran solicitado la tutela respectiva. Sin embargo, en la práctica este mandamiento abarca a toda la comunidad inmersa dentro de las características de los sujetos afectados.

Sin embargo, la Sala ha extendido su criterio definiendo lo que para ella significa la aplicación extensiva de un mandamiento de amparo:

> Una de las características de algunas sentencias del ámbito constitucional es que sus efectos se apliquen a favor de personas que no son partes en un proceso, pero que se encuentren en idéntica situación a las partes, por lo que requieren de la protección constitucional, así no la hayan solicitado con motivo de un juicio determinado.
>
> Resulta contrario a la eficacia del proceso, a su idoneidad y a lo célere (expedito) del mismo, que sí las partes de un juicio obtienen una declaratoria de infracción constitucional de derechos que vulneran su situación jurídica, otras personas que se encuentran en
>
> idéntica situación y que han sufrido la misma infracción, no puedan gozar del fallo que restablezca tal situación jurídica de los accionantes, y tengan que incoar una acción cuya finalidad es que se reconozca la misma infracción, así como la existencia de la misma situación vulnerada y su idéntico restablecimiento, con el riesgo de que surjan sentencias contrarias o contradictorias.
>
> El restablecimiento de la situación jurídica, ante la infracción constitucional, tiene que alcanzar a todos lo que comparten tal situación y que a su vez son perjudicados por la violación, ya que lo importante para el juez constitucional, no es la protección de los derechos particulares, sino la enmienda de la violación constitucional, con el fin de mantener la efectividad y supremacía constitucional; y en un proceso que busca la idoneidad, la efectividad y la celeridad, como lo es por excelencia el constitucional, resulta contrario a los fines constitucionales, que a quienes se les infringió su situación

jurídica, compartida con otros, víctima de igual transgresión, no se les restablezca la misma, por no haber accionando, y que tengan que incoar otras acciones a los mismos fines, multiplicando innecesariamente los juicios y corriendo el riesgo que se dicten sentencias contradictorias.

En estos casos, se está en presencia de efectos procesales que se extienden a una comunidad en la misma situación jurídica, la cual es diversa de la comunidad de derecho contemplada en el Código Civil, pero existente con relación a las infracciones constitucionales que a todos aquejan y que no puede sostenerse que existe con respecto a unos (los que demandaron y obtuvieron sentencia favorable) y no con respecto a otros, los no demandantes.

Tratándose de derechos subjetivos de las personas, los no demandantes pueden renunciar o no a ellos, pero existe una declaración a favor de todos los que se encontraban en la misma situación jurídica, de la cual se aprovecharan o no, conforme a sus conveniencias y mientras no le caduque su acción, ya que de caducarles ellos no tendrían derecho a la fase ejecutiva de una acción caduca.

[…] En consecuencia, acciones como las de amparo constitucional, si son declaradas con lugar, sus efectos se hacen extensibles a todos los que se encuentran en la misma e idéntica situación así no sean partes en el proceso.

La Sala recuerda que el amparo Constitucional no produce cosa juzgada material y que por tanto si los accionantes no obtuvieren un fallo favorable, por falta de pruebas, ello no impide que otros incoen de nuevo la acción y que se les ampare, caso en que el efecto extensivo del fallo beneficiara a los perdidosos.

[…] Por todas estas razones, la Sala declara que quienes se encuentran en igual situación que los accionantes, por tener idéntico vínculo jurídico con el agraviante y habérseles violado su situación jurídica, si no les ha caducado la acción de amparo pueden adherirse a este fallo y pedir su cumplimiento en el mismo término señalando para los accionantes.

Aunque el criterio de fondo se mantiene haciendo extensible el fallo a "a todos los que se encuentran en la misma e idéntica situación así no sean partes en el proceso", éste no se le denomina con los efectos *erga omnes.* Ya en la sentencia de los créditos mejicanos parece abandonarse la tendencia y entender los efectos de la sentencias de amparo de intereses colectivos y difusos como *"erga omnes":*

> Este fallo se publica dentro del plazo establecido en el artículo 877 del Código de Procedimiento Civil y produce efectos *erga omnes* (Sentencia *"Créditos Indexados* ", Sala Constitucional, 24/01/02, ponente Magistrado Jesús Eduardo Cabrera)

Criterio éste ratificado de manera tajante en la sentencia que se pronunció sobre la aclaratoria, de fecha 21/05/2002 y en ella se reiteró:

> En los procesos surgidos de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, las sentencias que se dicten surten efectos a favor o en contra de todo el mundo y no sólo a favor o en contra de los que efectivamente se constituyen en partes dentro del proceso".

Este último pronunciamiento en el que el juez constitucional (por demás inexacto y confuso) en el que se refiere a "todo el mundo", creemos que se dirige a todos los sujetos amparados por el ordenamiento jurídico venezolano.

Es importante destacar que el Tribunal apreciará cada caso en particular, esto en virtud del *"writ of certiorari"* especial que se atribuyó nuestra Sala Constitucional (Casal, 2000, 91).

Por último, a juicio de la Sala, lo dispuesto el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, *in comento,* consagra un derecho y recomienda que no sea usado "en forma excesiva", siendo potestativo del sentenciador aclarar, corregir errores materiales o ampliar su fallo, pues una vez pronunciado agota su poder de jurisdicción propiamente dicho.

Consideramos positivo que la Sala haya estimado que lo dispuesto en la comentada norma sea un derecho, pues siendo así se obliga al Juez a responder, motivadamente. Ello por supuesto en una interpretación sistemática concordada con el artículo 23 del mismo texto adjetivo que reza: "Cuando la ley dice 'El Juez o Tribunal puede o podrá', se entiende que lo autoriza para obrar según su libre arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad".

En cuanto a la posibilidad y extensión de los poderes del Juez Constitucional par restablecer la situación jurídica infringida, creemos que en la protección de Derechos e Intereses Plurales, debe procurarse ampliar dicha potestad en razón del carácter de los derechos tutelados. Tal como lo indica el primer aparte del artículo 27 de la Constitución al establecer:

> "Artículo 27: (...) la autoridad judicial competente tendrá la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica pedimiento de las partes, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella... "

Con ello estimamos que debería el Juez Constitucional no limitarse a sólo ordenar en su fallo el cese de una perturbación o amenaza, sino obligar al responsable de la lesión a cumplir con la prestación exigida o hacerla cumplir a costa suya, todo ello con el fin de garantizar una tutela efectiva y

el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Creemos necesario, para finalizar, puntualizar que los efectos *erga omnes* atribuidos a las sentencias dirigidas a la protección de intereses colectivos y difusos, no necesariamente deben tener tal carácter para beneficiar a las personas comprendidas dentro de la acción. Todo lo cual desarrollamos con mayor amplitud en el capítulo referido a la "Cosa Juzgada". Ello es así debido a que la sentencia por sus características tiene efectos propios y el alcance de la misma viene dada por la amplitud de la pretensión. De manera que no es necesario hacer extensiva la sentencia a todos pues por sus mismos efectos (la declaratoria con lugar, por ejemplo de una decisión que conlleve la reparación de un daño) al lograrse el restablecimiento de la situación vulnerada, queda satisfecha la pretensión y se beneficia en consecuencia a los perjudicados. Es así, que no necesariamente debe dársele una extensión extraordinaria a sus efectos, pues muchas veces -y es el caso de las sentencias en este mismo capítulo mencionadas- al reconocerse un derecho de carácter colectivo ya definido como tal en la Constitución, se les reconoce a todos siendo éste un efecto común de la sentencia.

De manera que queda mucho por discutir en cuanto a este y a muchos otros aspectos, a los efectos de definir el alcance de la Sentencia en materia de Derechos e Intereses colectivos y Difusos.

D. REGULACIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN DIVERSAS LEYES.

Durante la vigencia de la Constitución de 1961, ya diversas leyes reconocían esta legitimación procesal en materias concretas, tales como, la protección al consumidor, la urbanística, la ambiental y la vecinal.

a. Ley Orgánica del Ambiente

En este sentido, la *Ley Orgánica del Ambiente* (G. O. Nº 31.004 de fecha 16 de junio de 1976), contempla en su artículo 32, la legitimación por intereses difusos a todos los particulares para acudir a la Procuraduría del Ambiente, con el objeto de demandar el cumplimento de las disposiciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, a los fines de que las actividades o hechos denunciados sean objeto de investigación.

c. Ley Orgánica de Ordenación Urbanística

Asimismo, la *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (*G.O. Nº 33.868 de fecha 16 de diciembre de 1987, prevé en su artículo 102, la legitimación de las asociaciones de vecinos para solicitar la paralización o cierre de establecimientos de construcción ilegal o de uso contrario al permitido, haciendo uso de intereses colectivos.

Las legitimaciones para la Defensa de los intereses colectivos y Difusos tal como lo establece la Ley y se encuentra referida en la Sentencia de 30 de Junio de 2006 son legitimaciones puntuales, lo que no impide que las

acciones que no pretendan indemnizaciones para el pueblo o la comunidad, sean incoadas por personas naturales o jurídicas, tal como lo previene el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, aunque dicha Ley exige en el actor un interés individual, legítimo, personal y directo.

> **Artículo 102**
>
> Si un inmueble se destinare presuntamente a un uso contrario al que le corresponda conforme al plan o a la ordenanza de zonificación o si en dicho inmueble se realizaren construcciones ilegales, la Asociación de Vecinos o cualquier persona con interés legítimo, personal y directo podrá solicitar de un Juez de Distrito, Departamento o de equivalente jerarquía, según el caso, de la respectiva Circunscripción Judicial la paralización de las actividades y el cierre o clausura del establecimiento.
>
> El interesado motivará suficientemente su solicitud y acompañará las evidencias que fueren pertinentes al caso. La Fiscalía General de la República podrá intervenir en el procedimiento a solicitud de la Asociación de Vecinos afectada.

c. Ley Orgánica de Régimen Municipal

En sentido similar, la *Ley Orgánica de Régimen Municipal (*G.O. Nº 31.004 de fecha 16 de junio de 1976) contempla en su artículo 170 la legitimación de las asociaciones de vecinos para la protección de los intereses colectivos. De igual modo el *Reglamento Parcial Nº 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre la Participación de la Comunidad (*G.O. Nº 31.004 de fecha 16 de junio de 1976) establece en su artículo 5 que las asociaciones de vecinos tienen como propósito fundamental la defensa de los intereses

colectivos y por ende, se encuentran legitimadas para representar los intereses vecinales a través de la interposición de recursos administrativos y judiciales a los fines de proteger la legalidad urbanística y los intereses vecinales.

E. LA TUTELA CAUTELAR DE LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES.

El artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella a través del Juez.

En este sentido, se observa que en determinadas ocasiones el objeto de la tutela constitucional requiere de una protección expedita, lo cual responde, a su vez, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional evitando que un posible fallo a favor de la pretensión quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

En este escenario, se erigen las medidas cautelares dentro de los procedimientos judiciales, las cuales se encuentran concebidas en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, y de restablecer con carácter urgente las posibles amenazas o violaciones a los derechos y garantías constitucionales establecidos en el Texto Fundamental, con lo cual, las medidas cautelares fungen y surgen como una necesidad de los justiciables, así como también, en determinadas ocasiones dar o mantener resguardado el núcleo esencial del derecho constitucional de las partes

involucradas, y no como una excepción, razón por la cual, constituyen una facultad susceptible de ejercitarse en todo estado y grado del proceso, siempre que resulte necesario en el caso que se trate.

Los amplios poderes inquisitivos del juez en aras de mantener el orden público constitucional, alcanzan la posibilidad de acordar las medidas cautelares conducentes aún de oficio, para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación, en congruencia con el último supuesto y con el contenido del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Se desataca la importancia de una adecuada aplicación de las medidas cautelares, fundada en una apropiada valoración jurídica para que a través del despacho favorable del Juez, se haga cesar la actividad nociva. Habida cuenta de la excepcionalidad de esta medida cautelar, tiene la virtualidad jurídica de hacer cesar toda actividad contraria a derecho, no mediando sentencia firme.

El proceso declarativo, de una duración necesaria para sustanciar las diferentes fases del procedimiento, prevé la posible adopción de unas medidas cautelares, con el fin de evitar los efectos perjudiciales que en el otorgamiento de una tutela judicial adecuada y efectiva, pueda causar el lapso de tiempo que transcurre entre el ejercicio de la acción y la satisfacción de la pretensión.

Estas medidas cautelares poseen las siguientes características:

a) Naturaleza jurisdiccional
b) Finalidad o efecto asegurativo.

c) Provisionalidad
d) Instrumentalizad derivada de su necesaria vinculación y preordenación a un proceso declarativo pendiente o que ha de iniciar en breve plazo.

El aseguramiento de la ejecución como una de las características fundamentales intenta evitar los peligros derivados de la necesaria realización del proceso declarativo antes de proceder a la ejecución. En este caso se mira al cumplimiento de la resolución; es decir, a la adecuación entre el contenido de la sentencia y lo que verdaderamente se reciba, entre lo que se ordene y realmente se realice.

Otra de sus finalidades es asegurar la efectividad de la resolución judicial. En este segundo caso se mira a la adecuación de la tutela procesal al tiempo; de manera concreta a evitar un daño o lesión, precisamente de la situación jurídica sustantiva cuya tutela jurisdiccional, que podría derivarse del retraso de la resolución que pone fin a dicho proceso, haciendo ineficaces o inaplicables los efectos que debía producir.

1. La tutela cautelar de los intereses Supraindividuales

En la tutela cautelar de intereses supraindividuales, la situación jurídica controvertida a la que se refiere el objeto del proceso afecta a una pluralidad de personas que puede ser muy amplia. En este punto existen diversos aspectos que debemos tomar en cuenta:

a) El resarcimiento pecuniario es inadecuado para reparar la lesión sufrida en el caso de los intereses supraindividuales. Cabiedes (op. Cit., 513), sostiene que en la reparación de la lesión no existe resarcimiento pecuniario, que no tiene sentido ni utilidad jurídica formular una pretensión de indemnización dineraria para la reparación de un interés supraindividual, ni por las mismas razones es adecuada la reparación por equivalente o la ejecución genérica como sustitutiva de la directamente pretendida reparación específica.

b) Se requiere un sistema de ejecución en forma específica de las obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa determinada, siendo el régimen actual en algunas legislaciones insatisfactorio e ineficaz, por lo que esas situaciones jurídicas están singularmente necesitadas de una actividad jurisdiccional preservadora, de salvaguarda por lo que la mora procesal puede suponer la generación de daños irreparables o de difícil reparación (subrayado nuestro).

Ya bajo el imperio de la Constitución de 1999, el caso líder en la materia (sentencia Dilia Parra), estableció que las acciones que pueden ejercerse como medio de protección de los intereses difusos y colectivos, son siempre de condena (hacer o no hacer) o restablecedoras de las situaciones lesionadas, pero nunca mero declarativas o constitutivas. Así, entre las pretensiones de una acción de esta naturaleza, se puede incluir, aparte de la indemnización por daños y perjuicios causados, el cese de la actividad o la supresión del producto o bien que causa la lesión. Así continúa:

> La posibilidad de una indemnización a favor de las víctimas (en principio no individualizadas) como parte de la pretensión fundada en estos derechos e intereses, la contempla el numeral 2 del artículo 281 de la vigente Constitución; pero ello no

> excluye que puedan existir demandas que no pretendan indemnización alguna, sino el cese de una actividad, la supresión de un producto o de una publicidad, la demolición de una construcción, etcétera.... (omissis)...". (Sentencia 30-06-2000).

2. Presupuestos para el otorgamiento de medidas cautelares

Visto el carácter de necesidad, del cual se encuentran imbuidas las medidas cautelares dentro de un determinado procedimiento, se observa que los requisitos exigidos para acordar la procedencia de las mismas son *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, las cuales se reducen a un simple examen del juez de acuerdo a su sano criterio de acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen, así como la ponderación de intereses. En este sentido podemos detenernos en ellas:

a. Fumus Boni iuris *o apariencia de buen derecho,* puede apreciarse con mayor facilidad debido a las importantes repercusiones colectivas en las que la actividad presuntamente ilícita puede razonablemente producir o estar ya produciendo en una pluralidad de sujetos y de la que existirá constancia plena de su realización .

En este requisito aunque no puede exigirse una acreditación documental, si se requiere una justificación suficiente, un principio de prueba, pero no por escrito*,* pues normalmente tendrán su origen en una obligación generica "*ex lege erga omnes*" y de abstención de quien la realiza, la cual obviamente no puede estar plasmada en un documento (Gutiérrez, op. Cit., 513). A este

respecto y en consonancia con lo establecido en nuestro Código de procedimiento Civil, es necesario tomar en cuenta que por la naturaleza misma del derecho que se reclama, quizá el hecho tenga alguna connotación pública que no amerite más que el conocimiento del mismo y la constatación de la lesión, sin embargo , en algunos casos se requerirá este principio de prueba pues en el ejemplo de un río contaminado ello deberá requerir las pruebas pertinentes, lo cual hace indispensable la existencia del medio de prueba para determinar la existencia de la lesión.

En consecuencia para tomar en cuenta este presupuesto, el órgano jurisdiccional deberá adoptar la resolución que estime oportuna con base en la verosimilitud o razonable probabilidad de existencia de la situación jurídica alegada, evaluando los posibles perjuicios que pudieran causarse al demandado como consecuencia de la adopción de la medida.

b. Periculum in mora Las importantes trabas de acceso a la justicia a una pluralidad de sujetos que han sufrido daños individuales que por su elevado número, dispersión, escasa cuantía y algunas veces la difícil apreciación individualizada, hacen que no estemos ante una simple conveniencia, sino ante un caso de incremento extremo del daño por mora procesal***.***

En caso de no preservarse y salvaguardarse esta situación jurídica supraindividual durante la sustanciación de proceso, presumiblemente se producirá la lesión de un interés colectivo o difuso y al mismo tiempo perjuicios individuales pero plurales -de carácter multitudinario , quizá- que al no poder tener una realización *in natura*, la única apta para ellos-, unos y no poder acceder al proceso los otros, quedarán sin reparación, con la consiguiente permisión de unos hechos ilícitos, e incluso el enriquecimiento injusto de quien los lleva a cabo.

Todo ello es razón más que suficiente para la aplicación de la medida, pues si entendemos muchas veces que existe justificación y razonabilidad para aplicarla en casos individuales, mucho más lo será en los casos en los cuales se encuentren involucrados intereses de carácter supraindividual.

Sin embargo, en la aplicación de estas medidas en los Tribunales debe tomarse en cuenta la responsabilidad que asume el solicitante de la misma por los perjuicios causados al demandado. En tal sentido será necesario dejar a criterio del órgano jurisdiccional la aplicación de la fianza o garantía que respaldará los posibles perjuicios que se generen con la medida para el demandado.

La sustitución de la medida por fianza del demandado dirigida a garantizar una condena o ejecución pecuniaria no será apta en los supuestos de obligaciones de no hacer.

3. El contenido de las medidas

El contenido de las medidas a decretarse debe ser congruente con la pretensión principal deducida por el actor; debe ser adecuada y ajustada al "*periculum"* concreto a alegado y acreditado por el mismo que se debe evitar. Ello se hará posible a través de medidas preventivas o de *no hacer* que insten al demandado a abstenerse de realizar una determinada conducta o cese de realizarla.

El artículo **585 del Código de Procedimiento Civil** establece los requisitos que deben cumplirse para el otorgamiento de las medidas:

> Las medidas preventivas establecidas en este título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y de derecho que se reclama.

De igual forma, el legislador en el parágrafo primero del artículo 588, prevé en cuanto a las medidas, además de las tradicionales como el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, cuyas pretensiones persiguen, otras de naturaleza distinta a los intereses supraindividulaes, de especial interés para el tema que nos atañe:

> Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos, para evitar el daño, el tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Nos encontramos así ante las llamadas ***medidas innominadas*** que buscarán garantizar la efectividad de la sentencia en el juicio, alcanzando así una tutela judicial efectiva del derecho reclamado.

Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Civil española en su artículo 1428, se refiere a estas medidas estableciendo, que una vez presentado el principio de prueba del que pueda deducirse con claridad una obligación de *hacer* o

de *no hacer* , o de *dar* cosas determinadas o específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste , las medidas que, según las circunstancias , fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.

En el ámbito administrativo, las medidas cautelares en materia de intereses colectivos y difusos, procede en aquellos supuestos en que el acto o disposición de la Administración afecte, de forma simultánea, unitaria, homogénea, a una pluralidad –determinada o determinable en el primer caso, indeterminada en el segundo- de sujetos.

Para Moles Caubet (1989,15) "el Estado de Derecho [...] tiene el atributo de la justicia, consistente en una potestad-deber que decide, definitivamente, mediante las debidas garantías, respecto de situaciones jurídicas subjetivas.

Por tanto, tal ***sistema subjetivo de protección*** busca, todavía, el restablecimiento de la legalidad; pero ahora, su función primordial es la de proteger los derechos ciudadanos y restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el acto de la Administración. La concepción actual del contencioso administrativo, se configura como una garantía de los particulares frente a los excesos de la Administración. De igual forma además de su poder de anulación, este orden de jurisdicción tiene potestad para restablecer las situaciones subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. [...] En estos casos la anulación sirve de puente para el restablecimiento no tanto de la legalidad sino de la integridad de los derechos ciudadanos *(*Duque, 2003, 267).

Fix Zamudio (1982, 49) refiriéndose a los Derechos fundamentales consideró que "los citados derechos requieren de un procedimiento en el cual imperen

la celeridad, la economía procesal; amplias facultades para el juzgador, incluyendo la de suplir los errores y deficiencias del demandante, así como en la aportación de elementos de convicción; un sistema flexible de medidas cautelares, y especialmente, puesto que los anteriores elementos podemos encontrar con más o menos fuerza en otros sectores de enjuiciamiento que los efectos del fallo protector sean esencialmente preventivos y reparadores, es decir, se requiere de un sistema protector, en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales y, en todo caso, la restitución de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalentes y finalmente, medidas enérgicas y rápidas de ejecución del fallo judicial que otorgue la tutela".

La fundamentación de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, prevé que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho y condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa (artículo 259 de la Constitución de 1999).

Se desprende en consecuencia, de la referida norma, el carácter subjetivo y por ende, proteccionista del proceso contencioso. Tal finalidad proteccionista –señala Badell (Op. Cit., 4), tiene su influencia en el proceso contencioso en un doble sentido: a través del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (artículo 26 de la Constitución); y por medio de la consagración de trámites especiales para obtener esa tutela, atendiendo a los derechos de cuya protección se trate.

Sin embargo, en muchas ocasiones la administración abusa de su potestad, en virtud del poder de autotutela y de que sus actos tienen presunción de legalidad y validez, haciendo ejecutorias sus decisiones e imponiéndolas a los administrados por sus propios medios, obligando al ciudadano a soportar la onerosa carga de iniciar un proceso contencioso-administrativo y de mantenerlo durante largo tiempo en sus diversas instancias.

F. LA EJECUCION DE LA SENTENCIA Y LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES

La función jurisdiccional dictará la Sentencia que declarará la existencia o inexistencia, creará , modificará o extinguirá una determinada relación jurídica, o se ordenará al demandado la realización de una determinada prestación, dependiendo de que se trate, respectivamente, de una sentencia meramente declarativa, constitutiva o de condena.

En el caso de los intereses supraindividuales, si se favorece una pretensión de condena, puede ocurrir que si el condenado no da cumplimiento voluntario a lo en ella ordenado, la sentencia será insuficiente para procurar una tutela efectiva de los derechos e intereses lesionados. En tal sentido, debe el estado poner a disposición del acreedor todos aquellos medios o mecanismos de coacción necesarios para que lo ordenado sea una realidad.

La ejecución es una actividad estrictamente jurisdiccional, por tanto forma parte sustancial de la actividad necesaria para el efectivo otorgamiento de la

tutela, que incluye el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten. El fundamento del derecho a la ejecución de las sentencias se encuentra implícito en el derecho a la tutela jurisdiccional, concretamente en la exigencia de que la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos sea efectiva, por lo cual goza de protección constitucional (1994, Fernández, citado por Gutiérrez, op.cit 523). El mismo autor nos hace una distinción de los diferentes tipos de condena entre las cuales se encuentran:

3. Condena de hacer

En esta se contemplan dos modalidades según se trate de una obligación de hacer personalísimo o no.

Si el hecho o la conducta a desarrollar requiere necesariamente de la ejecución por el deudor (ejecución directa), tal como ocurre con la obligación *in tuitu personae,* la ejecución forzada en especie requerirá el uso o empleo de la fuerza física sobre la persona del deudor, lo que no es permitido por el ordenamiento jurídico positivo y por lo tanto, dicha ejecución no es posible, debiendo acudirse al cumplimiento o ejecución forzosa por equivalente (indemnización de daños y perjuicios). Si el hecho o actividad no es personalísimo, pero sí es un hecho o actividad determinado que no requiere en sí mismo y para realizarlo la intervención personal del deudor pues puede ser ejecutado por un tercero. La obligación es susceptible de ejecución forzosa en especie, mediante un medio indirecto de ejecución *in natura,* o sea, haciéndose autorizar el acreedor para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor, de conformidad con el artículo 1266 del Código Civil. (Maduro, 88). Las obligaciones de hacer como una prestación para la protección de los intereses supraindividuales no tendrán el carácter de

personalísimas pues su objeto es realizar una conducta sustituible o un hacer fungible. Es por ejemplo el caso de las sentencias en la que se condena a la remoción de los efectos perjudiciales reconocida en materia de competencia desleal o la reparación del ambiente alterado.

En estos casos el régimen legal vigente está regido por la incoercibilidad, de acuerdo con el cual el ejecutado no puede ser judicialmente forzado a realizar por sí mismo y contra su voluntad, la prestación de hacer a que se niega. Por ello, si una vez expirado el plazo concedido por el órgano jurisdiccional para el cumplimiento de la sentencia, el condenado hiciere caso omiso del mandato judicial "se hará a su costa", tal como lo establece el artículo 1266 del Código Civil:

> **Artículo 1266.** En caso de no ejecución de la obligación de hacer, el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor.

Por otra parte, el deudor que hubiere realizado incorrectamente aquello que se le ordenaba en la sentencia podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho a costa del condenado.

Contempla así mismo el Código Civil la posibilidad de pago de los daños y perjuicios ocasionados por inejecución o retardo en la ejecución de la obligación.

> **Artículo 1271.** El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe.

La destrucción del lo mal hecho sólo puede verse matizada cuando por razones de orden público se aconseje su el mantenimiento de la obra, transformándose la obligación de hacer en otra de pago en dinero, lo cual a juicio de este autor no es conveniente ya que las razones de interés público aconsejarían lo contrario: que no se perpetúen los efectos de una actividad ilícita, que afecta los intereses legítimos de una pluralidad de personas. Y en segundo lugar, porque la conversión en un resarcimiento pecuniario equivalente no satisface -ni resarce, ni es equivalente- la necesidad de tutela del interés supraindividual afectado, que por el contrario continuará siendo lesionado.

Consideramos que efectivamente y dependiendo de la naturaleza de la lesión, puesto que por ejemplo en casos de daños al ambiente o a la salud por ejemplo, una indemnización pecuniaria no alcanzaría resarcir los daños ocasionados ni impediría que se siguieran ocasionando. En cambio, en otros casos como los de protección al consumidor y usuario donde la lesión ha sido de carácter patrimonial, el resarcimiento económico si podría ser “equivalente”.

4. Condena de no hacer

Son aquellas que consisten en el desarrollo de una conducta negativa, una abstención, por parte del deudor. La conducta de abstención es insustituible; la obligación de “non facere”, infungible.

El legislador ha previsto dos formas de cumplimiento, en especie y en equivalente.

El cumplimiento en especie se efectúa destruyéndose lo que el deudor haya hecho en contravención con esta obligación, tal como lo indica el artículo 1268 del Código Civil:

> **Artículo 1268**.- El acreedor puede pedir que se destruya lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, y puede ser autorizado para destruirlo a costa del deudor, salvo el pago de los daños y perjuicios.

Este cumplimiento en especie podrá efectuarse en aquellos casos en que la actividad desarrollada por el deudor en contravención con la obligación de no hacer sea susceptible de ser destruida o eliminada de la realidad

Es necesario distinguir:

1. Si el hecho realizado por el deudor y con el cual incumplió su obligación de abstenerse es un hecho susceptible de ser borrado o destruido del campo de la realidad (ejemplo: obligación de no edificar una obra y el deudor la construye), la ejecución es susceptible de ejecución forzosa en especie, mediante un medio indirecto.

Para ello el acreedor puede pedir que se destruya el hecho efectuado por el deudor o puede hacerse autorizar él mismo para destruirlo (artículo 1268 C.C.). Además puede pedir la indemnización de los daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención de acuerdo al artículo 1266 del Código Civil, párrafo segundo.

En este caso el acreedor puede acumular el cumplimiento forzoso en especie (destrucción de lo efectuado por el deudor) con el cumplimiento forzoso por equivalente (daños y perjuicios).

2. Si el hecho efectuado por el deudor y con el cual incumplió su obligación de abstenerse no es susceptible de ser borrado o eliminado del campo de la realidad, sólo será posible la ejecución por equivalente mediante el pago de los daños y perjuicios que el incumplimiento causó al acreedor (Maduro, 1967,89).

Para asegurar la efectividad de la sentencia, en definitiva, se deben implementar los mecanismos adecuados para hacer efectiva la resolución cautelar, incluyendo los forzosos, así como los requerimientos e intimaciones necesarias que en caso de incumplimiento darían lugar a las correspondientes sanciones o multas.

Para Gutiérrez (op. cit. 539) no es necesaria en sede de medidas cautelares la sanción penal por delito de desobediencia o desacato. En primer lugar dada la inconveniencia de ello al ser medidas provisionales e instrumentales, las cuales a pesar de su eventual trascendencia, no constituyen todavía la resolución definitiva del proceso, que incluso podría ser desestimatoria de la demanda, por lo que no resulta conveniente la misma.

En este sentido parece lo más correcto que la eficacia de la protección jurisdiccional no sea superior en sede de medidas cautelares -provisionales y basadas en la mera apariencia del derecho- que en la ejecución de la sentencia con que finaliza el proceso de declaración –esta vez sí- basada en la certeza sobre el fondo u objeto del proceso.

Algunas sentencias en materia De intereses colectivos y Difusos en los que se han dictado Medidas Cautelares para tutelar los derechos son:

1) Sentencia en la que se acuerda medida cautelar que autoriza confiscación de equipos de RCTV.
2) La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se declaró "competente" y admitió el amparo presentado por Cavetesu, y también declaró procedente la medida cautelar que mantendrá al aire la señal de RCTV internacional.

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional en el caso RADIO CARACAS TV 25 días del mes de mayo de dos mil siete (2007), declaró procedente la medida cautelar solicitada de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación del servicio público universal, acordando el uso de la frecuencia que había sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.

Entre otras cosas se realizaron algunas de las siguientes aseveraciones

> "… deviene en una verdadera obligación del Poder Judicial la búsqueda de medios para propender a armonizar en el marco de un debido proceso, los distintos componentes que conforman la sociedad, a los fines de lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso (artículos 253, 254, 256 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).
>
> Asimismo, se advierte que constituida la República como un Estado Social de Derecho y de Justicia, se observa que el mismo debe velar por la protección y resguardo efectivo de los derechos de los ciudadanos, y propender y dirigir su actuación no sólo en el ámbito social, sino en el aspecto económico con la finalidad de ir disminuyendo el desequilibrio existente en

nuestra sociedad. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: "*Asodeviprilara*").

Así pues, se aprecia que el fin último y objeto primordial del Estado (*ex* artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), es el desarrollo del ser humano y la consecución de prosperidad social, siendo éste su núcleo de protección, por lo que deben disponerse y ejecutarse todas aquellas medidas necesarias y relevantes para la propensión del mismo; en caso contrario, estaríamos afirmando la existencia y creación de un ser innatural, inocuo e ineficaz de contenido y acción.

Surge así la necesidad en el juez constitucional de advertir y destacar la debida ponderación de intereses que debe realizar todo juzgador en el momento de acordar y justificar una tutela cautelar, en virtud de que debe equilibrar muy bien los intereses generales involucrados en la situación específica respecto de los intereses particulares, a fin de no afectar la globalidad de los intereses públicos supremos tutelados.

Al respecto, si bien la Sala reconoce que todos los usuarios tienen derecho a acceder y disfrutar de la prestación de un servicio público universal de telecomunicaciones, el contenido del mencionado derecho conforme a los artículos 108 y 117 de la Constitución, comporta en principio, no la continuidad de un determinado operador de radiodifusión sonora y televisión abierta en VHF, sino la posibilidad de que los aludidos usuarios puedan efectivamente acceder en condiciones de igualdad y con el mantenimiento de un estándar mínimo de calidad al correspondiente servicio, al margen de la vigencia o no del permiso o concesión a un operador privado específico.

Asimismo, como complemento de la medida cautelar acordada se ordena al Ministerio del Popular para la Defensa garantizar los derechos constitucionales de las partes involucradas en el presente caso, para lo cual deberá custodiar, controlar y vigilar de forma constante el uso de instalaciones y equipos tales como microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta,

> cerca perimetral y acometida eléctrica, ubicados a nivel nacional y necesarios para el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.

En sentencia del 1 de agosto de 2007 la sala decidió las medidas cautelares en favor de RCTV INTERNACIONAL fundamentando dicha decisión en los argumentos siguientes:

> DE LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA
>
> Precisado lo anterior, advierte esta Sala que el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le consagra al juez constitucional la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.
>
> En este sentido, se observa que en determinadas ocasiones el objeto de la tutela constitucional requiere de una protección expedita, lo cual responde, a su vez, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional evitando que un posible fallo a favor de la pretensión quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.
>
> En este escenario, se erigen las medidas cautelares dentro de los procedimientos judiciales, las cuales se encuentran concebidas en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, y de restablecer con carácter urgente las posibles amenazas o violaciones a los derechos y garantías constitucionales establecidos en el Texto Fundamental, con lo cual, las medidas cautelares fungen y surgen como una necesidad de los justiciables, así como también, en determinadas ocasiones, del órgano jurisdiccional, en aras de salvaguardar o mantener resguardado el núcleo esencial del

derecho constitucional de las partes involucradas, y no como una excepción, razón por la cual, constituyen una facultad susceptible de ejercitarse en todo estado y grado del proceso, siempre que resulte necesario en el caso que se trate.

En este orden de ideas, se advierte que el juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos, en aras de mantener el orden público constitucional, poderes los cuales no se restringen a la calificación de una determinada pretensión, sino a la posibilidad de acordar las medidas conducentes para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación, siendo que el presente caso, se debe entender en congruencia con el último supuesto y con el contenido del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la posibilidad de acordar medidas cautelares aun de oficio.

De manera que, los principios constitucionales antes señalados además de insistir en la naturaleza instrumental, simple, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso judicial llevado ante los Tribunales de la República, establece que el fin primordial de éste es garantizar que las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes no sólo estén fundadas en el derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de justicia y razonabilidad que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver.

Visto el carácter de necesidad, del cual se encuentran imbuidas las medidas cautelares dentro de un determinado procedimiento, se observa que los requisitos exigidos para acordar la procedencia de las mismas (fumus boni iuris y periculum in mora), se reducen a un simple examen del juez de acuerdo a su sano criterio de acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen, así como la ponderación de intereses.

[…]

Por las consideraciones que anteceden, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

1.- Se declara COMPETENTE y ADMITE la demanda por protección de intereses difusos y colectivos ejercida conjuntamente con medida cautelar innominada, …

2.- PROCEDENTE la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se suspenden los efectos de los actos administrativos emanados del Director General del Instituto Autónomo Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), contenidos en los Oficios Nros. 001503 y 0001511, ambos del 23 de julio de 2007.

CAPITULO X
EFECTOS DE LA SENTENCIA EN MATERIA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

A. COSA JUZGADA SUPRAINDIVIDUAL

1. Cosa Juzgada

El proceso, su estructura y la eficacia de la Sentencia recaída en el proceso es una consecuencia de la peculiaridad de la situación tutelada. De manera particular tiene importancia el establecimiento del alcance de la sentencia debido a las características de quienes se postulan en el proceso y en nombre de quien ejercen la pretensión de connotación colectiva o difusa que nos ocupa.

Los autores han hablado de la inadecuación del principio de rigurosa delimitación subjetiva de la autoridad de cosa juzgada, que se ha considerado puede constituir un gran obstáculo para la tutela judicial de los intereses colectivos y difusos.

Otros por su parte niegan que basándose en la necesidad de tratamiento y resolución uniforme de la relación jurídica sea necesario garantizar un régimen de eficacia de la cosa juzgada como forma de proteger los derechos de los ausentes y evitar su indefensión.

2. Situación doctrinal de la Cosa Juzgada

a. La Extensión a terceros de la Cosa Juzgada.

Capelletti ha sido quien ha subrayado la importancia del principio *"in audiautur et altera pars"* (Hay que oír a la otra parte), exponiendo la insuficiencia de este principio subyacente dentro del sistema de garantías del proceso individual.

En este sentido, Chäim Perelman (1979,105) señalaba que el ejemplo más indiscutido de un principio general del derecho "unánimemente respetado, es el derecho de defensa (que equivale al principio de contradicción): *audiatur et altera pars*. Este principio –agrega-- ha sido expresamente reconocido por la Corte de Casación de Bélgica, como "inseparable de todo acto de jurisdicción'". En el derecho de la tradición del *common law* el principio de contradicción es conocido como de la *audiencia bilateral*. Robert Wyness Millar afirmaba que el más destacado de los principios formativos del proceso civil es el *principio de la audiencia bilateral*: "Inseparable en lo absoluto de la administración de justicia organizada, encuentra igualmente expresión en el precepto romano: *audiatur et altera pars* y en el proverbio en rima de la Alemania medieval: *Eines mannes red ist kei, der richter soll die deel*

verhoeren beed' ('la alegación de un hombre no es alegación; el juez debe oír ambas partes').

Es así que la doctrina en esta materia, ha sostenido que no basta la posición tradicional hasta ahora sostenida, influenciada por el derecho sustancial con fundamento en la clásica contraposición de derechos y obligaciones, ya que existen consecuencias diversas como producto de situaciones jurídicas distintas del derecho subjetivo y su tutelabilidad, lo que depara importantes consecuencias en la estructura misma del proceso civil , entre las cuales se encuentra la legitimación y la regla de los límites subjetivos de la cosa juzgada, la cual deberá ser interpretada de manera elástica.

Proto Pisani (1976, citado por Gutiérrez, op. Cit., 428) señala la entrada en juego de conflictos de intereses. Por un lado. De un lado el interés en la economía procesal y la tutela de demandado contra el riesgo –en caso de sentencia denegatoria- de poder sufrir más procesos que tengan por objeto la misma pretensión, todo lo cual inclina hacia la eficacia de la sentencia, sea ésta favorable o desfavorable con respecto a los sujetos participantes de la colectividad interesada aunque hayan permanecido ausentes del proceso en que se ha dictado la sentencia relativa al interés colectivo. Del otro lado, el respeto al derecho a la defensa de los sujetos que han permanecido ausentes del proceso nos lleva a excluir la aplicación de la eficacia preclusiva de la sentencia que niega la pretensión colectiva.

Silgueiro (op. Cit., 361), señala que la extensión de la efectividad de la sentencia si bien tiene a su favor la pertenencia común del interés hecho valer en el pleito, el aspecto más problemático surge en relación a los miembros del grupo que han permanecido ausentes al desarrollo procesal pese a haber sido notificados de su existencia. En su análisis indica la

necesidad de respetar el principio de audiencia, ya que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en el juicio, *"nemo debetur inaudito damnari"*. Este principio impide que se pueda afectar a quienes no hayan sido partes en el proceso. En segundo lugar acota que no se debe olvidar la impractibilidad de un emplazamiento de todos los miembros del grupo a fin de que se hagan parte en el proceso, ni la necesidad de evitar resoluciones contradictorias, o el respeto del principio de economía procesal.

a. El régimen de extensión "*secundum eventum litis*".

Se ha afirmado en consecuencia en esta materia y según este principio, que la efectividad de la sentencia debe operar *"secundum eventum litis",* es decir, únicamente cuando beneficie a los miembros de la colectividad que no han participado en el proceso, pero no cuando les sea perjudicial o contraria.

Vigoritti (1979, citado por Gutiérrez, op. Cit., 429) señala en oposición a este principio que constituye una desviación de los principios generales que debe acogerse con extrema cautela. En su opinión, la no oponibilidad a los terceros de la sentencia desestimatoria frustra, antes que nada la necesidad de uniformidad de efectos de la resolución jurisdiccional concerniente al interés colectivo, y terminaría por imponer una carga excesiva, sobre la contraparte, la cual podría verse obligada a defenderse en juicio un número ilimitado de veces, siempre por las mismas razones y sin poder oponer nunca la eficacia de una sentencia a ella favorable

A juicio de este autor resulta excesivo defender una extensión "ultra partes", sean o no favorables los efectos de la resolución judicial, ya que pese al atractivo y sencillez en combinación con su comparación con la "class action "norteamericana, podría vulnerar el principio de audiencia, sin tener además utilidad en las hipótesis de grupo de gran tamaño.

De igual forma Bujosa habla de la extensión subjetiva de la cosa juzgada, como otra flexibilización de las garantías clásicas del contradictorio, afirmando que es claro que en materia de intereses de grupo debe procederse también a una relativización del valor de la cosa juzgada. En su opinión si quien actúa ante tribunales representa adecuadamente el grupo entero la decisión podría extender igualmente sus efectos a los miembros del grupo ausentes. Esta extensión podría aplicarse de forma análoga a la legitimación del comunero para actuar en beneficio de la comunidad, de forma que una sentencia favorable vincularía a los demás, pero no así una resolución desfavorable. Para este autor el fundamento último de éstos efectos "*secundum eventum litis*" están en evitar la indefensión de quien puede verse vinculado por una resolución desfavorable, sin haber podido ser oído.

A nuestro entender resulta de vital importancia la garantía de los derechos que las personas que se hacen parte en juicio o que lo son en virtud de un derecho subjetivo que comparten gocen de las mismas garantías y prerrogativas lo cual se logra obviamente con la decisión favorable y no con la desfavorable, ya que al no haber podido ejercer su derecho a la defensa de manera expresa no queda demostrado si lo hicieron sus representantes de modo adecuado creándose así un desequilibrio en relación a las garantías del proceso que establece el artículo 49 de la Constitución Bolivariana .

También Silgueiro (op. Cit., 360) se muestra a favor de la aplicación de la extensión parcial de los efectos de la sentencia mediante la cosa juzgada "secundum eventum litis", es decir, únicamente en lo que pueda resultar favorable a los miembros del grupo que no han participado en juicio, resultando plenamente justificado para este autor que las sentencias tengan efectos indirectos, cuando inciden en el ejercicio de un interés común , con los demás miembros del grupo, sin que éstos puedan alegar que no fueron partes y que por ello no pueden quedar afectados por la resolución, salvo que hubiera hecho reserva expresa de sus derechos una vez haber conocido la existencia del proceso y que, la prohibición de indefensión quedara salvaguardada siempre que la extensión de los efectos de la sentencia sea únicamente en lo favorable. Esta es además la solución que se ha adoptado en el ordenamiento brasileño, paradigma de la admisión de un país del "*civil law"* de las acciones de grupo originarias del "*common law".*

Basta extender los efectos de la cosa Juzgada para evitar la indefensión de los miembros que no han participado en el proceso. No obstante afirma que de esa forma la defensa del interés colectivo resulta encomendada a quien o a quienes asumen las funciones de gestión del grupo; los demás miembros aunque se encuentren ausentes del proceso nada tienen que defender siempre que la representatividad de los gestores sea considerada adecuada por el juzgador.

3. Análisis Crítico

En cuanto a estas posiciones de la doctrina, consideramos necesario establecer algunas consideraciones de importancia de acuerdo al análisis crítico que Gutiérrez de Cabiedes realiza a esta posición (op. Cit., 430).

Considera este autor que no es necesario trastocar los fundamentos generales del régimen de eficacia de la sentencia y de los límites subjetivos de la cosa juzgada ya que respecto a los intereses supraindividuales, no se necesita practicar extensiones extraordinarias, ni ultra partes, ni *"secundum eventum litis"* de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia o una supuesta relativización de esta institución o de principios como el de audiencia y contradicción.

4. Sentencias de Condena

a. Estimatorias: Satisfacción fáctica del interés supraindividual

Respecto de las acciones de condena, que constituyen el supuesto más frecuente de pretensiones que se ejercitan, en defensa de intereses supraindividuales debe observarse que la admisión de la demanda interpuesta por uno de los interesados, supone necesariamente la satisfacción del interés de los demás afectados por el mismo hecho, es decir, la cesación de la actividad o la reparación de los efectos causados por la misma reportará un beneficio –el que requieren los demás participantes

del interés legítimo supraindividual– de hecho, hayan o no accionado en el proceso.

Señala el autor (op. Cit., 432) que ese efecto no se produce en virtud de ninguna extraordinaria extensión de la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia ultra partes de modo que se apreciaría aquí una excepción singular , provocada por el especial objeto procesal, al régimen general de limitación subjetiva de ese efecto por los motivos que a continuación expone:

a) La sentencia que acoja las pretensiones del actor, repercutirá también favorablemente en otros terceros cointeresados, que verán cesar la actividad ilícita o reparar los daños causados.

b) Los efectos producidos, no son sino una consecuencia de hecho de la sentencia, en virtud de los efectos materiales que ésta produce en el mundo real, sin que opere algún mecanismo particular en el proceso.

c) Tales efectos operan en el ámbito de los hechos, pues perfectamente podrían suceder por otras causas distintas a la existencia de un proceso, lo cual a su vez lleva a la conclusión de que no puede afectarse el principio de audiencia o contradicción.

b. Desestimatorias: la pretensión del actor y la pretendida indivisibilidad del interés (y de la acción).

El rechazo de la demanda, tendrá como efecto la desestimación de la pretensión, es decir, negar el derecho a la específica tutela jurisdiccional

solicitada, pero no impide que otras personas puedan tener un interés legítimo en ello, incoando posteriores procesos y solicitando una resolución igual o similar. Y ello, porque los intereses supraindividuales no constituyen una relación jurídica única, cerrada e indivisible, deducida en el proceso por un ente con "representatividad adecuada" (para garantizar la correcta defensa de los intereses de los ausentes), de modo que la resolución de la misma haya de afectar sin posibilidad de evitarlo a los demás sujetos copartícipes del interés.

Aunque la doctrina defiende la extensión de la cosa juzgada en el caso de los intereses supraindividuales, de aquellos que no han sido partes debido a la consideración de una necesidad de uniformidad de la sentencia, en razón de la consideración unitaria del interés colectivo, sostiene Gutiérrez en un acertado análisis, que de ser cierta esta posición, se trataría de un macro proceso único en el que habría que sustanciar toda la problemática con una eficacia preclusiva *erga omnes*. Ello no podría ser así puesto que la sentencia se pronuncia sobre la concreta pretensión de un sujeto, persona física u organización social personificada con base a los alegatos y pruebas deducidos en juicio. El objeto del proceso queda delimitado por el contenido de la pretensión del actor (o de los actores). Y esa individualización del objeto vincula también al Tribunal en el objeto de su resolución, así como a los efectos procesales propios de ésta (Op. cit., 433).

Por lo demás las personas físicas o jurídicas que pudieran tener un derecho o interés, mantienen su derecho de acción, su derecho a la tutela judicial efectiva que no puede verse perjudicada (disminuida, despojada o restringida) por la actuación procesal del primero, para lograr la convicción del órgano jurisdiccional.

5. Inexistencia de eficacia "*secundum eventum litis".*

Gutiérrez aclara que el resultado de la sentencia no implica de ningún modo la extensión de la cosa juzgada más allá de sus normales límites subjetivos, por lo que no puede aplicarse un régimen de eficacia de la resolución judicial *secundum eventum litis*. Es así puesto que los efectos de la sentencia no se hacen depender del resultado favorable o no del litigio. La sentencia no produce con respecto a quienes no han sido parte en el proceso, ningún efecto jurídico procesal que sea propio de la misma como lo es la cosa juzgada, ni en la sentencia estimatoria ni en la desestimatoria.

En el análisis que realiza este autor, se enfatiza que no es tal el riesgo de proliferación de infinitas demandas ante la cual habría que defenderse en juicio una misma persona. Pues sólo quien tiene verdadera necesidad de tutela acude a los tribunales afrontando los costos y riesgos de un juicio. Aunado a ello las resoluciones anteriores sobre situaciones similares, aunque no desarrollen sus efectos como cosa juzgada si serán un elemento de convencimiento tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional por vía del precedente judicial o jurisprudencial. Sin mencionar los mecanismos de sanción existentes en el proceso para evitar abusos.

En cuanto a la indefensión sostenida por los doctrinarios, nada se ganaría extendiendo tan sólo los efectos favorables de la sentencia, sino salvaguardando el derecho de defensa de quienes no han sido parte en el proceso, sea a través de su actuación o de la defensa de su pretensión en el proceso.

6. Sentencias constitutivas y declarativas

En el mismo sentido sostiene respecto a las acciones constitutivas o declarativas de nulidad –caso de los recursos contenciosos-mediante el cual se impugna una disposición general o acto de la administración.

a. Desestimatorias: eficacia inter-partes

La desestimación del recurso no es impedimento para que otra persona pueda demandar de manera independiente y ver admitida su pretensión con idéntico propósito, e incluso con fundamento en los mismos motivos de ilegalidad.

b. Estimatorias: eficacia jurídico - material *erga omnes*

En cuanto a las sentencias estimatorias del recurso, tienen como consecuencia necesaria la declaración de que el acto o disposición administrativa impugnada es contraria a derecho y su anulación o eliminación del ordenamiento jurídico. Por tanto, cuando dicho acto o disposición afecten a un grupo o colectividad de personas, (más o menos amplia y más o menos determinada), - en las cuales estaremos ante un interés legítimo supraindividual- tal resolución jurisdiccional (su contenido y

efectos) no podrá sino proyectarse sobre todos ellos, con independencia de que no hubieran impugnado o intervenido en el proceso.

La anulación o declaración de nulidad de un acto o disposición administrativa provoca, como hemos visto, la eliminación de los mismos del orbe jurídico, lo cual por naturaleza produce un efecto jurídico-material general, "*erga omnes",* ya que dicha desaparición no puede dejar de repercutir -ser una realidad jurídica para todos los sujetos, y, de forma peculiar, para los afectados.

La existencia de un acto o disposición es presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso administrativa (existencia que no se da en el presupuesto que nos ocupa). El demandante podrá solicitar la declaración de no ser conformes a derecho o la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación, pero estos actos no serían susceptibles de impugnación ya que no existe tal acto o disposición (y lo que no existe, difícilmente puede impugnarse). En este caso la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo.

7. Efectos de la sentencia

Como hemos mencionado, antes de la promulgación de la Constitución de 1999 que otorga a los particulares la tutela de los intereses difusos y colectivos, tal grado de legitimación era ostentado por órganos estatales de representación especial, tales como el Ministerio Público, por lo que en muchos casos, se entendía negada la posibilidad a los particulares de actuar

en la jurisdicción contencioso administrativa en virtud de sus intereses colectivos y difusos.

Esta protección se inició en el contencioso a través de la jurisprudencia, en donde resaltamos la extensión de los efectos de la sentencia a terceros, en materia contencioso administrativa. Así, es de destacar el fallo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 4 de agosto de 1999 (Caso: *Nulidad por inconstitucionalidad del Reglamento del Puerto Libre del Estado Nueva Esparta*), con ponencia de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, en el cual se extendieron los efectos de las medidas cautelares innominadas otorgadas por la Corte, a terceros no intervinientes en el juicio. Esta modalidad de protección de intereses difusos y colectivos, fue aplicada por el Máximo Tribunal, en casos de *amparo* en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, de fecha 15 de diciembre de 1999 (Caso: sujetos *afectados por el VIH y SIDA contra el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*) y en el caso de *recurso por abstención*, en el fallo de la Sala Político-Administrativa de 7 de octubre de 1999 (Caso: *Docentes jubilados del Ministerio de Educación*).

Durante la vigencia la Constitución de 1999, la sentencia *Dilia Parra*, estableció que las acciones que pueden ejercerse como medio de protección de los intereses difusos y colectivos, son *siempre* de condena o restablecedoras de las situaciones lesionadas, pero nunca mero declarativas o constitutivas. Así, entre las pretensiones de una acción de esta naturaleza, se puede incluir, aparte de la indemnización por daños y perjuicios causados, el cese de la actividad o la supresión del producto o bien que causa la lesión.

Lo que sí está impedido a los particulares es exigir una indemnización para el conglomerado social que se viera afectado en sus derechos fundamentales,

en este caso, los legitimados para exigir dicho resarcimiento son el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo.

Para la Legislación venezolana, como hemos visto en las sentencias más emblemáticas, los efectos del fallo son *erga omnes*, ya que benefician o perjudican a toda la colectividad en general, o a sectores de ella. Por ello la Sala Constitucional ha determinado que en materia de derechos colectivos, en casos de condena sin indemnización, siempre que se haya restablecido una situación común lesionada, las otras personas pertenecientes a la profesión o categoría, que se encuentran en igual situación, podrán adherirse al fallo dictado sin necesidad de acudir nuevamente ante el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, en materia de fallos *con condena a indemnizar*, deberá distinguirse si se trata de:

(i) Indemnización a favor de las víctimas no individualizadas, en cuyo caso sólo el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo podrán intentarlas.

(ii) Los particulares admitidos para representar el interés colectivo o difuso no pueden pretender indemnizaciones para ser repartidas entre quienes no la demandan.

(iii) En materia de intereses colectivos, las indemnizaciones sólo pueden ser pedidas por las personas jurídicas para sus miembros constituidos conforme a derecho, sin que puedan beneficiarse de ellas.

De otro lado, en materia de sentencias de ***amparo***, ha tenido un impacto considerable en lo referente a los efectos *erga omnes*, ya que anteriormente se establecía que "*el accionante no podría atribuirse, ni siquiera implícitamente, la representación del colectivo*". Sin embargo, ahora la propia Sala Constitucional ha reconocido la posibilidad de ejercer la representación de tales derechos al punto de establecer que en esta materia, en el caso de que se dicten *sentencias condenatorias sin indemnización*, ya que frente al restablecimiento de la situación común lesionada "***los otros miembros del colectivo pueden aprovecharse de lo judicialmente declarado, si así lo manifestaren***. *Es incomprensible, que una persona en razón de que pertenezca a una determinada profesión o categoría obtenga por decisión judicial una ventaja [...] y que las otras personas de la profesión o la categoría que se encuentren en igual situación tengan que acudir ante los órganos jurisdiccionales mediante acción individual para que se les reconozca el mismo derecho, atentando así contra la economía y celeridad del proceso*" (Sentencia caso Dilia Parra) (negrillas y cursivas nuestras).

Esta posición fue ratificada por la Sala en sentencia de fecha 6 de abril de 2001 (Caso: Enfermos de SIDA vs IVSS) al señalar que en el marco del nuevo ordenamiento constitucional es posible extender los efectos del mandamiento de amparo constitucional a todas las personas que se encuentren en idéntica situación de aquellos en cuyo favor éste se acuerde, pues en los supuestos en los que la acción de amparo es interpuesta en representación de intereses difusos o colectivos «no resulta cierto que el amparo destinado a proteger tales situaciones jurídicas de múltiples sujetos, posea efectos erga omnes [...] pues, como se ha visto, sus beneficiarios son susceptibles de una perfecta determinación y la tutela de ellos brindada es siempre concreta, más nunca de modo genérico».

Considera la Sala Constitucional que el restablecimiento de la situación jurídica infringida por la violación constitucional debe alcanzar a todos los que comparten tal situación y que a su vez son perjudicados por la violación, ya que lo importante para el juez constitucional, no es la protección de los derechos particulares, sino la enmienda de la violación constitucional, con el fin de mantener la efectividad y supremacía constitucional. Por ello, el Juez de amparo deberá hacer uso de sus facultades restablecedoras a fin de restituir la situación jurídica infringida del conglomerado que se viere afectado en el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, independientemente de que éstos hubieren participado o no en el proceso.

Ya hemos visto, como en la legislación brasileña se ha otorgado mayor relevancia a la representación adecuada para el ejercicio de la acción colectiva por parte de los afectados, estableciéndose que en caso de que la reclamación colectiva se estime sin fundamento debido a pruebas insuficientes no habría cosa juzgada. Cualquier representante de grupo podrá intentar nuevamente la acción colectiva para proteger el mismo derecho transindividual en el caso de que presente nuevas pruebas. Se sostiene que el hecho de que el representante no pudo encontrar o no presentó todas las pruebas significa que representó inadecuadamente los intereses del grupo ante el tribunal.

En el sistema de la Class Action norteamericana si bien la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, la misma afectará a todos los miembros del grupo sin importar que se acoja o no la pretensión -y esto es lo que marca la diferencia fundamental con el régimen iberoamericano-. O sea, la extensión de lo juzgado posee, al igual que el proceso civil individual, eficacia *pro et contra*.

En la Class Action, A pesar del cuidado que los jueces ponen en analizar la adecuación del abarcado por los efectos de lo juzgado; cuando considera que sus intereses no tienen un adecuado vocero (o la notificación fue insuficiente o se violaron sus derechos al debido proceso) : puede levantarse contra el pronunciamiento demostrando esa circunstancia.

Asimismo, en el caso de la *common questions class action*, el miembro de la clase posee un derecho a ser excluido de la misma (*opt out*) a los fines de no ser comprendido por la cosa juzgada o, sin pedir su exclusión, puede incluso, participar del proceso con su propio patrocinio.

En el caso de la tercera variante, la sentencia deberá incluir y especificar o describir quiénes fueron notificados sin requerir su exclusión (opt out) y quiénes son considerados como miembros de la clase. En ello se demuestra la preocupación del legislador, por determinar en lo posible la extensión subjetiva de la cualidad de cosa juzgada de una sentencia.

Dentro de los países iberoamericanos, hay dos que, al menos que siguen el modelo anterior, a saber: España, con la sanción de su nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000; y Colombia, que regula las llamadas acciones populares y acciones de grupo en su ley 472 de 1998.

España sólo regula las acciones colectivas para tutela de los derechos de consumidores y usuarios-, en su caso, la fuerza de la cosa juzgada se extiende, tanto a las partes del proceso, como a aquellos sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que dan cabida a la acción colectiva sin importar si la sentencia es estimatoria o no, según lo establece el artículo 222 de la LEC (Bachmaier, op. Cit., 311). Esta autora española señala, respecto de las partes ausentes que "su derecho de defensa no queda

conculcado por esa extensión de la cosa juzgada, pues el derecho a ser oídos en juicio se ve garantizado a través del sistema de amplia publicidad de la demanda que abre la posibilidad de intervenir individualmente en el proceso". Sin perjuicio de lo anterior, la autora se plantea algunos interrogantes sobre si la cosa juzgada afecta a sujetos que demuestren, a pesar de la difusión de la demanda, no haber tenido conocimiento efectivo de la misma; y si se extiende a sujetos que expresamente manifestaron su deseo de ser excluidos del grupo, dada la ausencia de regulación del *opt out*. De manera parecida a lo que ocurre en norteamérica, el legislador español, se ha preocupado por determinar lo mejor posible a los miembros componentes del grupo y, por ende, los sujetos sometidos a la autoridad de la cosa juzgada.

El artículo 221 de la LEC, determina cuál es el contenido de la sentencia, cuando el proceso se promovió por una asociación de consumidores y usuarios -no obstante lo cual, por analogía, se aplica a los casos en que los promotores haya sido el grupo de afectados (op. Cit., 307). Dicha norma establece, en su apartado 1º que: si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer, o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar a la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

Nótese que la única diferencia con el contenido de la sentencia de las *class actions* es que, en éstas la individualización se debe hacer siempre, mientras que en la regulación española, sólo cuando se provee estimativamente y a los fines ejecutivos.

8. El sistema del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

El Código Modelo regula la cosa juzgada en su artículo 33, trayendo un sistema que posee su fuente directa en el artículo 103 del Código de Defensa del Consumidor brasilero.

La sentencia recaída hará cosa juzgada *erga omnes*, pero luego de esto comienzan diferentes variantes que hacen que la situación no sea tan simple.

§11. Conforme el artículo 33 -primer párrafo-, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas; en este caso cualquier otro legitimado podrá intentar otra acción, con igual fundamento, valiéndose de nueva prueba.

Normalmente la doctrina dice, respecto de este caso, que no habrá cosa juzgada cuando se rechace la pretensión por el defecto probatorio (Pellegrini, op. Cit., 257). Por su parte Copán (op. Cit, 4) manifiesta su desacuerdo con esta posición, ya que contrariamente, la causal del rechazo es una excepción a la extensión de la cosa juzgada y no, como se pretende, una excepción a la

cosa juzgada misma. Dicho de otro modo, la sentencia hará cosa juzgada pero sólo respecto de quiénes actuaron en el juicio.

Ello funciona como un dispositivo para proteger a los sujetos no litigantes frente a una connivencia entre actor y demandado (Pellegrini, op. Cit., 23) pero, de igual modo, puede servir frente a la falta de representatividad del demandante (ya por error en el análisis judicial de la misma, ya porque devino carente de representatividad durante el transcurso del proceso, o por cualquier otro supuesto).

Se considera necesario que el legislador, a los fines de establecer un equilibrio entre la tutela colectiva y la seguridad y tranquilidad jurídica, otorgue un plazo para mantener la posibilidad de interponer una nueva demanda, vencido el cual la cuestión no podría volver a plantearse.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la sentencia *hará cosa juzgada*, *pero no se extenderá a los no intervinientes*, tal como sucede en la legislación brasilera y *cualquier otro* legitimado podrá presentar una nueva demanda cuando presente un *material probatorio no producido en el primer proceso y el mismo sea susceptible de hacer variar la decisión*. Lo que da como resultado, tres posibilidades: 1) que se acoja la pretensión, en cuyo caso la sentencia hará cosa juzgada respecto de las partes y se extenderá beneficiando a quienes no litigaron; 2) que se la rechace por falta de fundamento o de razón suficiente, aquí, la cosa juzgada, también poseerá eficacia general; y 3) la sentencia sea contraria a la pretensión colectiva pero por insuficiencia probatoria, donde la misma no pasará en autoridad de cosa juzgada respecto de los no litigantes (pero sí de las partes que estuvieron presentes en el proceso). Si se acepta la propuesta de un plazo, esta tercera variante debería quedar así: la sentencia no hará cosa juzgada *erga omnes* -

condicionalmente -durante el plazo para la presentación de la demanda, vencido el cual sin nueva acción, la cosa juzgada en contra del grupo, se extenderá *ipso facto* causando estado en forma general y nadie más podrá intentar la pretensión ya juzgada (Copán, op. cit. 4).

Ahora bien, puede ser que la sentencia que recaiga en el proceso colectivo, no acoja la pretensión, pero basándose en las pruebas producidas, lo que nos lleva a otro supuesto contemplado en el artículo 33 (parágrafo 1º) del Código Modelo: Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, cuando surgiera nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso.

La diferencia con el supuesto anterior, radica en que el juez, aquí, rechaza la demanda, pero con un material probatorio suficiente para formar su convencimiento contrario a la pretensión colectiva. La sentencia tendrá eficacia general; no obstante, se establece una excepción a la inmutabilidad de la cosa juzgada: cuando aparezca material probatorio que no hubiese podido producirse en el proceso anterior (Ibíd., 5).

En este caso, la prueba no es aquélla que quedó sin producir por la negligencia del actor, sino una que no existía al momento del primer proceso, de ahí que la norma en estudio establece que la nueva acción se podrá intentar cuando surgiera nueva prueba superviniente. Serían casos, a modo de ejemplo, en los que el avance tecnológico, posterior a la sentencia, crea nuevas técnicas que permiten demostrar, verbigracia, la contaminación ambiental que no pudo quedar acreditada en el primer juicio, no por insuficiencia probatoria sino por falta de medios adecuados para hacerlo. O sea, que aparece prueba que no existía al momento de juzgar la primera

acción; en rigor, más que surgir nueva prueba, lo nuevo es el medio probatorio (por ejemplo, nuevas técnicas periciales) que resulta eficaz para acreditar los hechos que no pudieron demostrarse en el proceso anterior.

Este supuesto, es la llamada cosa juzgada *secundum eventum probationis*. Si bien, en principio puede, aparecer como demasiado violenta contra la seguridad y estabilidad jurídica, basta considerarla dentro de un instituto harto conocido para dejar atrás esa primera impresión. Explicándonos, consideramos esta excepción a la inmutabilidad de la cosa juzgada, como una especie dentro del género, ya clásico, de resoluciones *rebus sic stantibus*. La sentencia hará cosa juzgada conforme el status quo probatorio generado en el primer proceso, produciendo una certeza jurídica según la prueba original. Pero con el transcurso del tiempo, aparece un medio probatorio -inexistente al momento del juicio anterior- susceptible de acreditar aquellos hechos que quedaron sin probar poniendo en evidencia que el fallo está completamente divorciado de la realidad y que esa "certeza jurídica" no corresponde en nada a la verdad representante, existen ciertos dispositivos otorgados al particular, para prevenirse de ser.

Para algunos autores como Copán, no existe cosa juzgada *secundum eventum* litis sino *secundum probationis*. Este autor explica como los proyectistas han intentado sumar la "certeza jurídica", generada por la cosa juzgada, a la realidad histórica (correspondencia entre verdad formal y material), con el fin de que el fallo judicial resuelva sobre una circunstancia real y no sobre meras abstracciones que solucionan las cosas trayendo una paz ficticia; citando a Falcón (2003, 171) añade:

> Como sanamente enseña el profesor capitalino Enrique Falcón, "...el proceso no puede constituir un instituto para crear lo inexistente en el mundo de la existencia real. De allí que en

> determinados casos, la verdad se impone sobre la cosa juzgada..."

Allí donde la legitimación es ampliada, resulta coherente que la cosa juzgada aparezca también en forma ampliada. No es suficiente entender la cosa juzgada en forma singular, ya que ello atenta en contra de la posibilidad de crear un régimen de procesos colectivos: Sería inútil el que un bien resulte indivisible y posea un titular transindividual; o una cantidad de derechos individuales en forma conjunta gracias a su homogeneidad, si finalmente cuando se llega a la sentencia, la misma resulta eficaz sólo respecto a los que actuaron como partes en el proceso. Fundamenta la relativización de la cosa Juzgada en tres principios: la legalidad, la instrumentalidad y la proporcionalidad. La instrumentalidad apunta a que el proceso, en cuanto instrumento, sólo tiene sentido cuando lo juzgado esté ajustado a los ideales de justicia y *adecuado a la realidad*. En cuanto a la proporcionalidad, el autor que venimos siguiendo dice, que la cosa juzgada, sólo es uno de los valores protegidos constitucionalmente, y como tal, no puede prevalecer sobre otros con jerarquía similar con el fin de que las relaciones jurídicas, se resuelvan afianzando la justicia y no, simplemente, trayendo una mera paz formal.

Marinoni (2004, citado por Copán, 2005, 2) admite que la misma "pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho".

Se trata de una Cosa Juzgada, *secundum status probationis*, ya que, no hay cosa juzgada según el resultado de la prueba (*secundum eventum probationis*); sino más bien, cosa juzgada hay siempre pero se forma según

el estado probatorio, y aquélla, podrá variar cuando se modifique éste por el surgimiento de prueba inexistente con anterioridad.

Es al igual que la legislación brasileña la Cosa Juzgada que se modifica por insuficiencia de pruebas. Tales aspectos de la Cosa Juzgada se aplican a los tres tipos de acciones colectivas (derechos difusos, colectivos en sentido estricto e individuales homogéneos).

En estos casos el Código Modelo se aparta radicalmente de la disciplina del *opt out* proveniente del sistema norteamericano, e implanta la llamada cosa juzgada *secundum eventum litis* (también llamada *erga omnes pro utilibus*). Esto quiere decir que la sentencia hará cosa juzgada para beneficiar a los miembros del grupo pero nunca para perjudicarlos y, si bien no se podrá repetir la acción colectiva -salvo los casos más arriba expuestos-, los interesados podrán deducir acción a título individual. O sea, habrá cosa juzgada, o no, según que el resultado de la litis beneficie a los miembros del grupo, o no lo haga. En rigor, lo que genera es una especie de cosa juzgada *sui generis* dado que aparece como una mezcla de ambos, la *res judicata secundum eventum litis* su única eficacia será su oponibilidad frente a una nueva acción colectiva pero jamás frente a las individuales.

Esta disciplina de la cosa juzgada según el resultado del proceso, sostiene Copan, se ajusta más a la realidad de los países, como los iberoamericanos en general y los latinoamericanos en particular, en los que, como el nuestro, adolecen de serias deficiencias jurídico-culturales, por lo que resultará más eficaz una sentencia que extienda sus efectos beneficiosos sin intervención del particular, quien no resultará perjudicado por los efectos nocivos de la decisión contraria al grupo.

Ada Pellegrini Grinover (Op. Cit., 21) respecto del caso brasilero comenta:

> "Apartándose decididamente del modelo norteamericano del *opt out* y del *opt in,* para las *class actions for damages*, el sistema brasileño, ha elegido un criterio adherente a su propia realidad socieconómica, consideradas la falta de información y de politización del cuerpo social, las dificultades de comunicación...".

9. **Conclusiones**.

En todos los sistemas estudiados, se acepta la extensión de la cosa juzgada con vocación *erga omnes*, lo que resulta lo más coherente -e, inevitable- cuando los bienes jurídicos en juego son indivisibles y el hecho de otorgárselo a uno implica otorgarlo a todos y, a la inversa, su negación a uno sólo lleva la negación a todos.

Esa extensión, en el norteamericano, es siempre *pro et contra*, mientras que en el iberoamericano no se extiende cuando resulta contraria al grupo por insuficiencia probatoria (esto como medio tuitivo frente a irregularidades del representante).

Por otro lado, en el sistema del Código Modelo, la cosa juzgada es siempre *secundum status probationis*, lo que es una especie de sentencia *rebus sic stantibus*, pero que no funciona como excepción a la inmutabilidad cuando se modifica el estado de hecho, sino que el mismo se mantiene igual, pero varía el estado probatorio, deviniendo posible acreditar el hecho que antes no se pudo por ausencia de la técnica necesaria.

En los casos de los derechos divisibles, pero tutelados colectivamente por conveniencia, se produce el mayor quebrantamiento entre los regímenes del apartado II con los del apartado III.

Mientras que en los primeros, la solución del *opt out* hace que la sentencia se extienda, *pro et contra*, a todos menos a los que oportunamente ejercieron su derecho de exclusión; en los segundos sólo se genera la cosa juzgada (con toda la potencia de sus atributos) para beneficiar a los miembros del grupo y por eso, la oponibilidad de la misma, está condicionada al resultado del juicio.

Dentro del sistema del Código Modelo, de ningún modo son confundibles sus diferentes variables conforme el siguiente esquema:
- La insuficiencia probatoria es una *excepción a la extensión del juzgado* y *posee fines específicos*, cuales son proteger a los no intervinientes de la falta de representatividad del actor o su posible connivencia con la parte demandada.

La cosa juzgada *secundum eventum probationis* (o *secundum status probationis*,) es una excepción a la inmutabilidad de la sentencia firme que funciona como dispositivo para conjugar verdad formal con verdad material. A la misma se la puede ver como una variante de las conocidas resoluciones *rebus sic stantibus*.

Finalmente, la cosa juzgada *secundum eventum litis*, está prevista como variante del *opt out* en los países con escasa cultura jurídica del ciudadano, y la cosa juzgada desfavorable al grupo sólo tiene eficacia para impedir una nueva acción colectiva, ella es inoponible frente a las individuales.

El proceso colectivo, es una especie dentro del género de "proceso civil" y, si bien posee caracteres propios que hay que atender para no coartarle su eficacia y dejarlo obsoleto antes de nacer, en tanto parte de ese sistema mayor debe respetar sus principios y cánones salvo cuando se tornan incompatibles (Gidi, op. cit., 273).

Es importante mencionar que hay que ponderar los verdaderos límites y diferencias de la tutela colectiva con el proceso individual respetando los principios de éste último mientras ello sea posible. Su singularidad radica sólo en esto, en lo colectivo de los derechos en juego; pero una vez superado este obstáculo, los principios que deben medir los derechos sustantivos, que se ponen en juego en el momento de ejercer las acciones colectivas, será análoga a las reglas que mide esos derechos en un proceso individual. De mejor manera, se deben adaptar las instituciones del proceso singular a las necesidades de un proceso donde el bien jurídico es indivisible (ontológicamente colectivos), o donde conviene al servicio de justicia tratar a todos juntos por su homogeneidad (colectivos por yuxtaposición).

Consideramos necesario resaltar en medio de las diversas opiniones existentes, la necesidad de que la cosa Juzgada se adapte a la naturaleza típica de las acciones colectivas, de manera que la sentencia sea lo más efectiva posible, requiriéndose que su efecto abarque a todos aquellos que han sido afectados o lesionados en su derecho, de lo contrario no tendría sentido el ejercicio de una acción supraindividual. Entendemos entonces, que el Código Modelo para Iberoamérica ha examinado la figura que más se ajuste a ese principio de tutela judicial efectiva, lo cual ha permitido romper con los esquemas tradicionales con el fin de lograr una justicia menos rígida más cónsona con la realidad.

CAPITULO XI

CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

A. EXPECTATIVAS EXISTENTES EN TORNO A LA REGULACION LEGAL EN MATERIA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS.

El legislador pre-constituyente ya había incorporado la expresión de "intereses colectivos o difusos", en los artículos 6 ordinal y 151 en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario; y el Código Procesal Penal, artículo 50 primer aparte.

En estos instrumentos no se fijaron los parámetros para delimitar o definir los derechos e intereses difusos o colectivos; tampoco se determinó el sistema indemnizatorio, las medidas anticipadas de protección ante eventuales daños, su racionabilidad, razonabilidad e irreversibilidad para ser decretadas; la manera de determinación a los legitimados, los litis-consortes y la adhesivos; los efectos de la sentencia, el destino de la indemnización cuando se trata de un bienes indivisibles; la carga de la prueba; la conciliación y los otros medios de auto composición procesal.

a. Antecedentes.

En este aparte presentaremos como Antecedente del Código Modelo para Procesos Colectivos la Exposición de Motivos presentada en Octubre de 2004, por los Juristas Roberto O. Berizonce (Presidente) – Argentina /Ada Pellegrini Grinover Brasil / Angel Landoni Sosa – Uruguay :

“En los sistemas del *civil law,* correspondió al Brasil la primacía de introducir en el ordenamiento la tutela de los intereses difusos y colectivos, de naturaleza indivisible, en primer término por la reforma de 1977 de la Ley de la Acción Popular ; después, mediante la ley específica de 1985 sobre la denominada “acción civil pública”; siguiendo, en 1988, cuando se eleva a nivel constitucional la protección de los referidos intereses; y finalmente, en 1990, por el Código de Defensa del Consumidor (cuyas disposiciones procesales son aplicables a la tutela de todo y cualquier interés o derecho transindividual). Este Código fue más allá de la dicotomía de los intereses difusos y colectivos, creando la categoría de los llamados intereses individuales homogéneos, que abrieron camino a las acciones reparadoras de los perjuicios individualmente sufridos (correspondiendo, en el sistema norteamericano, a las class actions for damages).

El Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica recogió la idea brasileña de la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, con algunas modificaciones en relación a la legitimación (que incluye cualquier interesado) y al control sobre la representatividad adecuada (que en Brasil no está expresado). Con relación a la cosa juzgada, el régimen brasileño de la eficacia *erga omnes*, salvo insuficiencia de pruebas, fue igualmente adoptado.

En Uruguay, el Código General de Proceso de 1989 repitió las reglas del Código Modelo de Proceso Civil.

En Argentina, primero la jurisprudencia y después el Código de Código Civil y Comercial de la Nación , de 1993, siguieron el Código Modelo Iberoamericano, hasta que la Constitución de 1994 contempló, en el art. 43, los llamados “derechos de incidencia colectiva”, para cuya tutela prevé el “amparo” y la legitimación amplia para el ejercicio de su defensa. Pero la doctrina preconiza la introducción, en el ordenamiento, de acciones específicas, a semejanza de las existentes en el modelo brasileño. La jurisprudencia, incluso sin textos legales, ha avanzado con creatividad para asegurar la tutela concreta de los derechos e intereses colectivos.

En 1995, Portugal dio un paso al frente, con la Ley de Acción Popular, de la cual también se extrajo la defensa de los derechos individuales homogéneos. En 1996, Portugal también creó acciones inhibitorias para la defensa de los intereses de los consumidores. Y, desde 1985 el sistema ya conocía acciones relativas a las cláusulas generales, con legitimación conferida al Ministerio Público, y por lo tanto diversa de la prevista para la acción popular, que está limitada al ciudadano, a las asociaciones y fundaciones con personería jurídica y a las autarquías locales.

Posteriormente, otros ordenamientos iberoamericanos introdujeron, de alguna forma, la tutela de los intereses difusos y colectivos en sus sistemas. En Chile, fue ampliado el alcance de la acción popular, con reglamentación en varias leyes especiales y en el art. 2.333 del Código Civil. En Paraguay, la Constitución consagra el derecho individual o colectivo de reclamar de la autoridad pública la defensa del ambiente, de la salud pública, del consumidor y otros que por su naturaleza pertenezcan a la colectividad, pero

no contempla expresamente instrumentos procesales para ese fin. En Perú, hay alguna legislación dispersa y específica para la tutela de ciertos derechos colectivos, en el campo de las organizaciones sindicales y de las asociaciones de los consumidores. En Venezuela, la nueva Constitución prevé la posibilidad de que cualquier persona pueda demandar en juicio la tutela de sus derechos o intereses, inclusive colectivos o difusos, pero no hay ley específica que regule la materia. La jurisprudencia venezolana reconoce legitimación para los mismos fines al Ministerio Público, la Defensoría del pueblo y algunas organizaciones, con base en la legitimación general que le confiere la Constitución. En Colombia, la Constitución de 1991 en su art. 88, le otorgó rango constitucional a las acciones populares y de grupo y se autorizó al legislador a definir los casos de responsabilidad objetiva por el daño causado a intereses y derechos colectivos. La ley 472/98 que entró a regir el 5 de agosto de 1999, reglamentó el referido art. 88 de la Carta al dictar el estatuto sobre las acciones populares y de grupo. Por su art. 70 se crea el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y por el art. 80 se crea un registro público de las acciones populares y de grupo, que será organizado y manejado por la Defensoría del Pueblo en forma centralizada (Ramiro Bejarano Guzmán, “Procesos declarativos”, ed. Temis, 2001, pp. 159 - 219, en especial 160 - 163).

En España, la reforma procesal civil de 2000 contempla la defensa de intereses transindividuales pero, según parte de la doctrina, de manera incompleta e insuficiente.

Se ve de ahí que la situación de la defensa de los derechos transindividuales en Iberoamérica, es insuficiente y heterogénea, por no decir caótica. Y también se percibe que diversos países están sintiendo la necesidad de legislar sobre la materia.

La idea de un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica surgió en Roma, en mayo de 2002, en una intervención de Antonio Gidi, miembro brasileño del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el VII Seminario Internacional co-organizado por el "*Centro di Studi Giuridici Latino Americani*" de la "*Università degli Studi di Roma – Tor Vergata*", por el "Istituto I talo-Latino Americano" y por la "*Associazione di Studi Sociali Latino-Americani*". Y fue también en Roma que la Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal maduró la idea, incorporándola con entusiasmo. Y, de común acuerdo, fue adoptada la propuesta de emprender un trabajo que llevase a la elaboración de un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, en los moldes de los ya editados Códigos Modelo de Proceso Civil y de Proceso Penal. O sea, de un Código que pudiese servir no sólo como receptor de principios, sino también como modelo concreto para inspirar las reformas, de modo de tornar más homogénea la defensa de los intereses y derechos transindividuales en países de cultura jurídica común. El Código – como su propia denominación dice– debe ser tan sólo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo.

Interesados por la Presidencia del Instituto para preparar una propuesta de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi presentaron el resultado de su trabajo en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, de Montevideo, en octubre de 2002, donde la propuesta fue transformada en Anteproyecto.

Luego, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal convocó a una pléyade de profesores de Iberoamérica para que manifestaran su opinión

sobre el referido Anteproyecto, tarea que fue coordinada por Antonio Gidi (Brasil) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México). Los referidos trabajos fueron publicados por la Editorial Porrúa con el título “La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia una Código Modelo para Iberoamérica”, y presentados en el transcurso del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal que tuvo lugar en Ciudad de México del 22 al 26 de setiembre de 2003.

Con los referidos aportes, la Comisión Revisora, integrada por los Profesores Ada Pellegrini Grinover, Aluiso G. de Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcón, José Luis Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce y Sergio Artavia procedió a perfeccionarlo, surgiendo así la 2ª. Versión del Anteproyecto, que en su redacción definitiva fue revisada por el profesor uruguayo Angel Landoni Sosa.

El Anteproyecto fue discutido en Roma, recibiendo algunas sugerencias de perfeccionamiento. Éstas fueron acogidas, habiendo los miembros de la Comisión Revisora, por su parte, presentado otras.

Finalmente, votadas las nuevas propuestas, el Anteproyecto se transformó en Proyecto, que fue aprobado en la Asamblea General del Instituto Ibero-americano de Derecho Procesal, en octubre de 2004, durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en Caracas, convirtiéndose en el Código Modelo de los Procesos Colectivos para Iberoamérica.

b. Contenido y Fines

El modelo aprobado se inspira, en el existente en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas con el fin de llegar a una propuesta útil para todos. Se analizaron la sistemática norteamericana de las *class actions* y la brasileña de las acciones colectivas, tomando en cuenta la realidad existente en los diversos países, sus normas constitucionales y legales, dejando atrás el modelo nacional, para crear un sistema iberoamericano de procesos colectivos.

En líneas generales, el Código se compone de VII Capítulos de los cuales describimos a continuación su contenido:

Capítulo I

Se destina a conceptualizar los intereses o derechos transindividuales, según las categorías de difusos (a los cuales fueran subsumidos los colectivos, por la terminología brasileña) e individuales homogéneos, ya conocidas de diversos países iberoamericanos. Para los intereses individuales homogéneos, se buscaron en el sistema norteamericano los requisitos de la predominancia de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto (predominance and superiority), que la experiencia brasileña demostró ser necesarios. La representatividad adecuada –mencionada en muchos estatutos iberoamericanos- es exigida y detallada, mediante una lista ejemplificativa de criterios que podrán orientar al juez en su evaluación. La legitimación es la

más abierta posible, para atender a todos los modelos ya existentes de procesos colectivos en Iberoamérica. Queda claro que la legitimación es concurrente y autónoma, admitiendo el litisconsorcio de los colegitimados. No se descuida el papel de fiscal de la ley del Ministerio Público y se prevé el compromiso administrativo de ajustamiento de conducta, a cargo de los legitimados de naturaleza pública, capaz de evitar o abreviar el proceso, con la formación inmediata de título ejecutivo.

Capítulo II

Trata de los proveimientos jurisdiccionales que se pueden obtener por el ejercicio de la acción colectiva: es aquí donde el Código se preocupa preeminentemente por la efectividad del proceso colectivo, que debe conducir a una respuesta jurisdiccional realmente capaz de satisfacer los derechos transindividuales violados o amenazados. Se encuentran ahí normas sobre la anticipación de tutela y sobre su posible estabilización; sobre la acción condenatoria a la reparación de los daños al bien indivisiblemente considerado y al destino de la indemnización para la recuperación del bien dañado o a finalidades conexas; sobre la condena a una obligación de hacer o no hacer (inhibitoria), en que la indemnización es la ultima ratio , a la cual se prefiere el régimen de multas diarias (astreintes) o hasta incluso el de mandamientos judiciales aptos a la obtención de un resultado práctico equivalente al cumplimiento de la obligación; sobre la condena a una obligación de dar.

Capítulo III

Trata de reglas procesales aplicables, en general, a los procesos colectivos: la competencia, el pedido y las causas de pedir, la tentativa de conciliación y de otras formas de auto y hetero-composición, preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo. El proceso se desenvuelve por audiencias, ejerciendo el juez varios poderes de control y dirección, inclusive pudiendo decidir la demanda por el mérito, cuando no hubiere necesidad de prueba.

Siguen reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, sobre las costas, emolumentos y honorarios, tanto del perito como de los abogados, previéndose incentivos para la persona física, los sindicatos y las asociaciones actoras, sobre la interrupción del plazo de prescripción para las pretensiones individuales como consecuencia de la proposición de acción colectiva, etc. Finalmente se cuida aquí de los efectos de la apelación, en principio meramente devolutiva, y de la ejecución provisoria, materias en que algunos ordenaientos iberoamericanos son omisos.

Capítulo IV

Se detiene sobre las acciones colectivas en defensa de intereses o derechos individuales homogéneos y, particularmente, sobre la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos (la class action for damages norteamericana), promovida por los legitimados sin necesidad de indicación de la identidad de las víctimas. Se da conocimiento del enjuiciamiento de la acción a los posibles interesados, para que puedan intervenir en el proceso, si lo desean, como asistentes o coadyuvantes, siéndoles vedado, por eso, discutir sus pretensiones individuales en el proceso colectivo de conocimiento. Se tomó cuidado especial con las notificaciones. En caso de acogimiento del pedido, la sentencia podrá ser

genérica, declarando la existencia del daño general y condenando al vencido a la obligación de indemnizar a todas las victimas y sus sucesores (aún no identificados). Incumbirá a éstos, individualmente o por los legitimados colectivos, probar en la liquidación de la sentencia su daño personal, el nexo causal con el daño global reconocido por la sentencia, y cuantificar el perjuicio individualmente sufrido. Pero el Código también prevé la posibilidad de que el juez, en la sentencia condenatoria, fije las indemnizaciones individuales, cuando esto fuera posible. Se cuida, también, del caso de concurso de créditos y se prescribe que, transcurrido un año sin la comparecencia de interesados en número compatible con la gravedad del daño, habrá ejecución colectiva de la indemnización debida a título de daños causados, cuidando que ellos sean vertidos con destino al Fondo. Aquí el Código adopta la solución de la fluid recovery del sistema norteamericano.

El Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos tiene reglas específicas sobre la gestión y las actividades, a ser controladas por el juez.

En cuanto a la aplicación de las multas, si bien resulta de efecto práctico, en Venezuela tenemos algunos antecedentes que en este sentido no han sido exitosos, ya que hace falta todo un sistema administrativo para hacer eficaz su establecimiento.

Capítulo V

Son tratadas la conexión, la litispendencia y la cosa juzgada. La conexión y la litispendencia tienen reglas claras, incluyendo las relaciones entre las acciones colectivas o entre una acción colectiva y las acciones individuales. También está prevista la posibilidad de transformar varias acciones

individuales en una acción colectiva. Para los intereses o derechos difusos, el régimen de la cosa juzgada es siempre la eficacia de la sentencia erga omnes (o ultra partes) , en caso de procedencia o improcedencia del pedido, salvo cuando la improcedencia se diera por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que la demanda puede ser repetida, con nuevas pruebas. Esta solución ya es tradicional en los países de Iberoamérica, pero el Código avanza, admitiendo nueva acción, con base en pruebas nuevas, en el plazo de 2 (dos) años contado desde el conocimiento de la prueba nueva sobreviniente al proceso colectivo (*cosa juzgada* secundum probationem, *como derivación especial de la cláusula* rebus sic stantibus). Con relación a los intereses o derechos individuales homogéneos, la opción de la legislación brasileña, mantenida en el Código, es de la cosa juzgada secundum eventum litis : o sea, la cosa juzgada positiva actúa erga omnes , beneficiando a todos los miembros del grupo; pero la cosa juzgada negativa sólo alcanza a los legitimados a las acciones colectivas, pudiendo cada individuo, perjudicado por la sentencia, oponerse a la cosa juzgada, promoviendo su acción individual, en el ámbito personal. Otras normas cuidan de la extensión, in utilibus, de la cosa juzgada positiva resultante de una acción en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos, en provecho de las víctimas individuales del mismo evento dañoso. Y también se regulan la conexión y la litispendencia entre acciones colectivas o entre una acción colectiva y las acciones individuales.

Capítulo VI

Introduce una absoluta novedad para los ordenamientos de civil law: la acción colectiva pasiva, o sea la *defendant class action* del sistema

norteamericano. Preconizada por la doctrina brasileña, objeto de tímidas tentativas en la práctica, la acción colectiva pasiva aún siendo más rara, no puede ser ignorada en un sistema de procesos colectivos. La acción, en esos casos, es propuesta no por la clase, sino contra ella. El Código exige que se trate de una colectividad organizada de personas, o que el grupo tenga representante adecuado, y que el bien jurídico a ser tutelado sea transindividual y de relevancia social. La cuestión principal que se planteaba, en esos casos, era la del régimen de la cosa juzgada: en obsequio al principio general de que la sentencia sólo puede favorecer a los integrantes del grupo cuando se trata de derechos o intereses individuales homogéneos, el mismo principio debía ser mantenido cuando la clase figurase en el polo pasivo de la demanda.

Así, cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza indivisible (intereses difusos), el régimen de la cosa juzgada es erga omnes simétricamente a lo que ocurre cuando el grupo litiga en el polo activo (pero sin el temperamento de la improcedencia por insuficiencia de pruebas, inadecuado cuando la clase se coloca en el polo pasivo); pero, cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza divisible (intereses o derechos individuales homogéneos), la cosa juzgada positiva no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán promover acciones propias o discutir la sentencia en el proceso de ejecución, para apartar la eficacia de la sentencia en su esfera jurídica individual. Mutatis mutandis, es el mismo tratamiento de la cosa juzgada secundum eventum litis para los intereses o derechos individuales homogéneos, cuando la clase litiga en el polo activo.

No obstante, tratándose de una acción promovida contra un sindicato, la cosa juzgada positiva alcanzará, sin excepciones, a los miembros de la categoría, dada la posición constitucional que en muchos países ocupa el

sindicato y su representatividad adecuada, más sólida que la de las asociaciones.

Capítulo VII

Trata de las disposiciones finales, contemplando una recomendación al intérprete y determinando la aplicación subsidiaria de los diversos Códigos de Proceso Civil y legislaciones especiales pertinentes, en lo que no fueren incompatibles.

E n conclusión, el Código, sin despreciar las experiencias de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses transindividuales de diversos países, crea un modelo original, adherente a las reglas preexistentes en los ordenamientos iberoamericanos, que perfecciona y complementa. De ese modo, acaba perdiendo cualquier característica nacional y se constituye en un verdadero sistema iberoamericano de procesos colectivos, armonioso y completo, que podrá ser tomado como modelo por los países de nuestra comunidad, empeñados en la transformación de un proceso individualista en un proceso social.

3. Legitimación para actuar en el Anteproyecto del Código Modelo de Acciones Colectivas,

Así, fue concebido el artículo 3 del Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América, en cuanto a la legitimación:

“Art. 3, Son legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

I. El ciudadano, para la defensa de los intereses o derechos difusos;
II. El miembro del grupo, categoría o clase, para la defensa de los intereses o derechos colectivos e individuales homogéneos;
III. El Ministerio Público;
IV. Las personas jurídicas de derecho público interno;
V. Las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aunque sin la personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este código;
VI. Las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este código, no siendo necesaria la autorización de la asamblea.

Par. 1º. El requisito de la pre-constitución puede ser dispensado por el juez, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido.

Par. 2º. Será admitido el litis consorcio facultativo entre los legitimados.

Par. 3º. El Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

Par. 4º. En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o abandono de la acción por

persona física o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.

Par. 5º. El Ministerio Público y los órganos públicos legitimados podrán tomar de los interesados compromiso de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de titulo ejecutivo extrajudicial."

B. El sistema del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

El Código Modelo regula la cosa juzgada en su artículo 33, trayendo un sistema que posee su fuente directa en el artículo 103 del Código de Defensa del Consumidor brasilero; sin perjuicio de lo cual, la versión del Código Modelo está mejorada, tanto en la redacción como respecto de la disciplina regulatoria del instituto en cuestión.

Conforme el artículo 33 -primer párrafo-, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas; en este caso cualquier otro legitimado podrá intentar otra acción, con igual fundamento, valiéndose de nueva prueba.

Normalmente la doctrina dice, respecto de este caso, que no habrá cosa juzgada cuando se rechace la pretensión por el defecto probatorio Debemos adelantar que no estamos de acuerdo con esta posición, sino que contrariamente, la causal del rechazo es una excepción a la extensión de la cosa juzgada y no, como se pretende, una excepción a la cosa juzgada misma. Dicho de otro modo, la sentencia hará cosa juzgada pero sólo respecto de quiénes actuaron en el juicio.

Lo anterior resulta conteste con la naturaleza del instituto, dado que funciona como un dispositivo para proteger a los sujetos no litigantes frente a una connivencia entre actor y demandado; pero, de igual modo, puede servir frente a la falta de representatividad del demandante (ya por error en el análisis judicial de la misma, ya porque devino carente de representatividad durante el transcurso del proceso, o por cualquier otro supuesto). Si atendemos a esta finalidad, resultaría un sinsentido -e incluso, absurdo- interpretar que el actor que resulta "castigado" por su falta de diligencia en la prueba (sea dolosamente, por corrupción; sea culposamente, porque resultó falto de representatividad) pueda volver a presentar nuevamente una demanda.

Es por esto que propiciamos el entendimiento dado más arriba y, en este sentido, para evitar equívocos, hubiese sido mejor que el Código Modelo diga que "cualquier *otro* legitimado podrá intentar otra acción" en lugar de "cualquier legitimado".

Cabe una aclaración que hace a la admisibilidad de la nueva demanda por igual fundamento. La norma *sub examine* establece que, quien intente otra acción, deberá valerse de "nueva prueba". En rigor, más que "nueva", debe ser una prueba que no se haya, ni siquiera, ofrecido en el primer proceso o

que, aún ofrecida, hubiese devenido de producción imposible, incluso para el juez, quien tiene facultades para suplir las deficiencias probatorias de la parte (artículo 12, primer párrafo). O sea, debe ser una prueba diferente de la que tuvo a la vista el juzgador a la hora de resolver la cuestión.

Además, también en grado de admisibilidad de la demanda (*in limine litis*), el nuevo actor deberá demostrar la pertinencia de la misma para probar los hechos conducentes fundantes de la causa; resumiendo, deberá acreditar la susceptibilidad de la misma para generar el cambio de la decisión[24]. Este entendimiento del alcance de la locución "nueva prueba", va a ser fundamental para diferenciar esta excepción a la extensión del juzgado, respecto del supuesto tratado más adelante (§13), de la cosa juzgada *secundum eventum probationis*.

Nada obstaría, de hecho lo propiciamos, que el legislador, a los fines de establecer una proporcionalidad entre la tutela colectiva y la seguridad y tranquilidad jurídica, establezca un plazo para mantener esta posibilidad de interponer nueva demanda, vencido el cual la cuestión no podría volver a plantearse.

Como terminación puede decirse, conforme las cuestiones anteriores, que la sentencia *hará cosa juzgada*, *pero no se extenderá a los no intervinientes*, y que *cualquier otro* legitimado podrá presentar una nueva demanda cuando aporte un *material probatorio no producido en el primer proceso y el mismo sea susceptible de hacer variar la decisión*. Lo que da como resultado, tres posibilidades: 1) que se acoja la pretensión, en cuyo caso la sentencia hará cosa juzgada respecto de las partes y se extenderá beneficiando a quienes no litigaron; 2) que se la rechace por falta de fundamento o de razón suficiente, aquí, la cosa juzgada, también poseerá eficacia general; y 3) la

sentencia sea contraria a la pretensión colectiva pero por insuficiencia probatoria, donde la misma no pasará en autoridad de cosa juzgada respecto de los no litigantes (pero sí de las partes que estuvieron presentes en el proceso). Si se acepta esta propuesta de Juan Copan (2005) de un plazo, esta tercera variante debería quedar así: la sentencia no hará cosa juzgada *erga omnes* -condicionalmente -durante el plazo para la presentación de la demanda, vencido el cual sin nueva acción, la cosa juzgada en contra del grupo, se extenderá *ipso facto* causando estado en forma general y nadie más podrá intentar la pretensión ya juzgada.

Ahora bien, puede ser que la sentencia que recaiga en el proceso colectivo, no acoja la pretensión, pero basándose en las pruebas producidas, lo que nos lleva a otro supuesto contemplado en el artículo 33 (parágrafo 1º) del Código Modelo: Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, cuando surgiera nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso.

La diferencia con el supuesto anterior, radica en que el juez, aquí, rechaza la demanda, pero con un material probatorio suficiente para formar su convencimiento contrario a la pretensión colectiva. La sentencia tendrá eficacia general; no obstante, se establece una *excepción a la inmutabilidad* de la cosa juzgada: cuando aparezca material probatorio *que no hubiese podido producirse* en el proceso anterior.

Nótese, que en este caso, la prueba no es aquélla que quedó sin producir por la negligencia del actor, sino una que no existía al momento del primer proceso, de ahí que la norma en estudio establece que la nueva acción se podrá intentar cuando *surgiera nueva prueba superviniente*. Serían casos, a

modo de ejemplo, en los que el avance tecnológico, posterior a la sentencia, crea nuevas técnicas que permiten demostrar, verbigracia, la contaminación ambiental que no pudo quedar acreditada en el primer juicio, no por insuficiencia probatoria sino por falta de medios adecuados para hacerlo. O sea, que aparece prueba que no existía al momento de juzgar la primera acción; en rigor, más que surgir nueva prueba, lo nuevo es el medio probatorio (por ejemplo, nuevas técnicas periciales) que resulta eficaz para acreditar los hechos que no pudieron demostrarse en el proceso anterior.

Este supuesto, es la llamada cosa juzgada *secundum eventum probationis*. Si bien, en principio puede, aparecer como demasiado violenta contra la seguridad y estabilidad jurídica, basta considerarla dentro de un instituto harto conocido para dejar atrás esa primera impresión. Explicándonos, consideramos esta excepción a la inmutabilidad de la cosa juzgada, como una especie dentro del género, ya clásico, de resoluciones *rebus sic stantibus*. La sentencia hará cosa juzgada conforme el status quo probatorio generado

C. CONSIDERACIONES FINALES

El nuevo modelo para procesos colectivos se basa en el análisis de la sistemática norteamericana de las *class actions* y la brasileña, lo cual si bien puede hacer valiosos aportes a la hora de innovar soluciones para tutelar procesos colectivos, presenta el inconveniente que si se aplica únicamente esta perspectiva podría resultar limitado y excluyente para los países de *civil*

law, ya que éstos últimos se manejan con una ideología distinta, dando lugar a que no exista una verdadera identificación entre los dos sistemas utilizados .

Por otra parte, algunas figuras fundamentales no coinciden en su conceptualización con las utilizadas en nuestro país, tales como la transindividualidad y la supraindividualidad, así como las categorías de intereses difusos subsumidos en los colectivos de acuerdo a la terminología brasileña, ya que en nuestra legislación se encuentran diferenciados ambos conceptos con características y efectos diferentes a nivel constitucional.

Surgen además, conceptos nuevos como los Derechos individuales homogéneos, lo que aún cuando pudiera asimilarse a alguna figuras procesales tales como el Litisconsorcio, no está considerado en nuestra legislación como un interés supraindividual ya que como su nombre lo indica son meros intereses individuales.

Creemos en nuestra opinión que el Código Modelo de Procesos colectivos es una iniciativa valiosa de la que no se ha descubierto toda la riqueza de su contenido, pero que sin embargo, aún debe estudiarse para lograr presentar una alternativa válida con respuestas procedimentales concretas y adaptadas a los países del sistema de *civil law*, con inclusión de sus propios mecanismos procesales para la tutela de estos derechos .

Se trata de partir de nuestras propias instituciones procesales proyectándolas hacia su ampliación y flexibilización , pues el punto neurálgico de éstos intereses reside en la valoración e interpretación que debe hacerse de las normas para adecuarlas a nuestra realidad y a los fenómenos sociales actuales que nos orientan hacia el logro del mayor bienestar posible para los ciudadanos.

Garantizar mecanismos procesales idóneos, expeditos, accesibles, así como el reconocimiento de la legitimación a los grupos, es una meta por alcanzar que atraviesa caminos a veces escarpados pero útiles en la búsqueda de la justicia.

Aplaudimos esta iniciativa como muestra de la importancia alcanzada por el tema a nivel iberoamericano para emprender caminos comunes que logren el mayor consenso posible en cuanto a los estilos, las formas, el contenido y los fines de la legislación en esta materia.

CONCLUSIONES

La Teoría de la Acción procesal había sido elaborada en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX con una perspectiva liberal e individualista por lo que planteaba restricciones desde la limitación de su ejercicio –la legitimación exclusiva de la parte directa y personalmente afectada-- hasta sus consecuencia a través de la sentencia y los límites subjetivos de la cosa juzgada.

Superada la dificultad sobre la consideración de la acción con la independencia o autonomía del derecho procesal respecto del derecho material y las diversas formas de configuración legal de la acción que se concretan en el acceso a la justicia, derecho a la jurisdicción, así como las circunstancias políticas que traen importantes cambios legislativos, el concepto de acción debe prosperar como un concepto único sin que las discusiones de la doctrina impidan lograr una definición simple.

En tal sentido toda persona natural o jurídica, pública o privada posee la *posibilidad* jurídico-constitucional (acción procesal) de acudir ante los órganos jurisdiccionales, para que mediante los procedimientos establecidos en la ley pueda obtener la tutela de un determinado interés jurídico individual, colectivo, difuso o para lograr los efectos que la ley deduce de ciertas situaciones jurídicas de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico y de

manera especial de conformidad con el artículo 26 de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela.

La tesis vigente en nuestro procesalismo contemporáneo está en que la acción se entiende como categoría abstracta y universal (subjetivamente hablando) de acudir ante los órganos jurisdiccionales y realizar sus peticiones; esto es, la acción no es más que el derecho de petición mismo formulado ante las autoridades jurisdiccionales, según se deduce de una interpretación concatenada de los artículos 51 y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De manera que podemos decir con Couture que la acción como poder jurídico existe siempre, con derecho (material) o sin él, con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aún antes de que nazca su pretensión concreta; existe aún cuando no se ejerza efectivamente.

En nuestra opinión la acción debe reconocerse en su carácter dinámico pues ella forma parte de la trilogía "acción – proceso-jurisdicción" los cuales caminan juntos y se van adaptando durante el desarrollo del proceso a los distintos cambios que van surgiendo en él. El desarrollo del proceso depende del ejercicio de la acción, sin la cual éste decae. Si concebimos al proceso como en continuo movimiento, no podemos ver a la acción como un ente estático, aislado de la actividad jurisdiccional , sino más bien como un sistema dinámico de elementos que se conjugan para lograr una finalidad: la tutela judicial efectiva de los derechos.

La Concreción de la acción que se evidencia de lo establecido en el artículo 26 constitucional, se manifiesta también y sobre todo por expresa disposición normativa en los Grupos, quienes ostentan un derecho particular compartido mas no exclusivo, asumiendo las prerrogativas y derechos que le

otorga la constitución para hacer valer sus derechos e intereses colectivos y difusos.

No importa la forma ni la figura que adopten, éstos llevan en si el poder de acción para la satisfacción de sus intereses a través de los órganos de administración de Justicia y así lo debe prever la legislación mediante la instauración de mecanismos procesales idóneos que faciliten su acceso efectivo y la tutela de sus derechos, en mayor o menor medida de acuerdo a la lesión causada y sus efectos.

La acepción del interés como derecho nos lleva a distinguir si el interés es singular o no, ya que existen intereses individuales, intereses plurales, lo cual no es excluyente, ya que un interés puede ser individual y plural a la vez.

Tal como lo cita el Tribunal Supremo de Justicia, el interés puede ser material, colectivo y difuso y su contenido está establecido en la ley. Lo que cambia es la forma de presentarse ante el proceso, es decir, la legitimación procesal. Tanto el Interés personal como el interés colectivo son intereses personales, lo que los diferencia de los intereses individuales, ya que lo individual excluye a lo colectivo, pero los derechos colectivos no dejan de ser derechos personales puesto que afectan a un grupo de personas de manera directa. (Sentencia. Cit., 30-06-2000).

Es así como interviene la noción de los intereses supraindividuales. El interés supraindividual es una situación jurídica en que una comunidad de sujetos se encuentran -en idéntica posición- respecto a un bien del que todos disfrutan simultánea y conjuntamente , de forma concurrente y no exclusiva , y que se ven afectados de forma unitaria en un determinado acto que a todos

perjudica. Es un interés que es de todos y de cada uno de ellos en la misma medida y por el hecho de ser miembros del grupo genéricamente afectado (lo genérico se predica de la globalidad, uniformidad y no exclusividad, que no de la “intensidad” pretendidamente reducida o mediata - y menos aún inexistencia – de la afección en todos ellos).

Cada uno puede instar la tutela de ese interés -que es su interés legítimo-, disponiendo por tanto, del mismo. En caso de ver acogida su pretensión, los demás cointeresados se beneficiarán de los efectos materiales de su acción y de la resolución jurisdiccional (los meramente fácticos, si la acción ejercida es de condena y los jurídico-materiales, si la acción es constitutiva o declarativa de nulidad); si aquella es, por el contrario, desestimada, no experimentarán ningún cambio en su situación jurídica, material y procesal (Gutiérrez, op. Cit., 111).

Es así como el resultado del proceso tendrá eficacia de cosa juzgada tan sólo para quien haya sido parte , esto es para quien haya deducido su pretensión de tutela jurisdiccional, si bien la satisfacción del interés del actor beneficiará necesariamente a los demás interesados en el mismo bien .

Existe por tanto, una ausencia de monopolio de la parte sobre la situación tutelada y, por ende sobre su tutela jurisdiccional, pero no en cambio, una “indivisibilidad” del objeto del proceso, pues en un proceso posterior, en que otro sujeto pretenda la tutela de su interés -necesidad del mismo bien- el contenido de la resolución puede no ser el mismo. Y es que la indivisibilidad habría de predicarse, en todo caso, del bien jurídico que tienen por objeto las necesidades de los sujetos, no del interés (situación o relación jurídica) de éstos, ni de sus acciones o pretensiones de tutela.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha sostenido que las ***acciones de amparo constitucional*** sólo serán procedentes si la **lesión** proviene de violaciones constitucionales y existe la posibilidad de restablecer la situación jurídica infringida, en cuyo caso el procedimiento aplicable será el previsto para las acciones de amparo. Además, la Sala Constitucional ha reconocido la procedencia de amparos frente a las lesiones sufridas por los usuarios de un servicio público (TSJ/SC de 08.12.2000, caso *Transporte Sicalpar*).

Igualmente, en cuanto a los ***efectos de la sentencia*** en casos de intereses colectivos y difusos, la Sala en Sentencia de fecha 30 de Junio de 2000 (Caso Dillia parra) determinó que éstos son de carácter *erga omnes*, ya que benefician o perjudican a toda la colectividad en general. En casos de condena *sin indemnización*, las personas pertenecientes a la profesión o categoría podrán *adherirse* al fallo dictado sin necesidad de acudir nuevamente ante el órgano jurisdiccional, lo que se concibe incluso en el caso del mandamiento de amparo. En casos de *condena con indemnización*, se ha establecido que la acción en favor de las víctimas no individualizadas corresponde a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Público o al particular que la demande, por lo que se sostiene que los particulares no pueden pretender indemnizaciones para ser repartidas entre quienes no la demandan

Consideramos necesario resaltar en medio de las diversas opiniones existentes, la necesidad de que la cosa Juzgada se adapte a la naturaleza típica de las acciones colectivas, de manera que la sentencia sea lo más efectiva posible, requiriéndose que su efecto abarque a todos aquellos que han sido afectados o lesionados en su derecho, de lo contrario no tendría sentido el ejercicio de una acción supraindividual. Es hacia ello que apunta la propuesta del Código Modelo para Iberoamérica que examina esta figura ajustándose al principio de tutela judicial efectiva, lo cual ha permitido

romper esquemas tradicionales con el fin de lograr una justicia menos rígida más cónsona con la realidad.

En cuanto a las características de los intereses colectivos y difusos entendidos en sentido propio , no tienen entre sí diferencias esenciales u ontológicas, hacen referencia a un mismo fenómeno jurídico, a un mismo tipo de situaciones jurídicas, situaciones que tienen una misma naturaleza y estructura y que comportan similares problemas jurídicos y procesales: los intereses supraindividuales.

Los factores determinantes para poder establecer su diferenciación se refieren más bien a la extensión y determinación de los sujetos interesados. A estos elementos puede añadirse el aludido por la doctrina brasileña, de la vinculación de los miembros del grupo o colectividad interesada. Así, " *colectivos* " son aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y solamente a ellas, cuando existe un vínculo jurídico entre los integrantes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio , la familia, los entes profesionales, el mismo sindicato, dan margen a que surjan intereses comunes , nacidos en función de una relación base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que, no confundiéndose con los intereses estrictamente individuales, de cada sujeto permiten su identificación. Por otra parte, "*Intereses Difusos*", serán aquellos que no fundándose en un vínculo jurídico se basan en datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mudables como habitar en la misma región, , consumir los mismos productos, vivir en determinadas circunstancias socio-económicas, someterse a particulares empresas (Pellegrini, op. Cit., 707).

Así cuando el grupo de personas se encuentran de forma común y simultánea en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos

ellos disfrutan conjunta y solidariamente y respecto del que experimentan una común necesidad, sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros , puede hablarse de interés colectivo.

Cuando por el contrario, se trate de una comunidad de sujetos amplia e indeterminada o muy difícilmente determinable puede hablarse de interés difuso. La comunidad de referencia del interés colectivo está caracterizada por consiguiente por una mayor permanencia, a diferencia de la del interés difuso, que lo está más por las notas de mutabilidad u ocasionalidad (Gutiérrez, op. Cit., 110).

Otro de los problemas planteados tiene que ver con la diferenciación entre los intereses supraindividuales arriba descritos y lo que ha sido llamado por la doctrina y algunas legislaciones "intereses individuales homogéneos" que en realidad constituyen una pluralidad de intereses individuales aunque conexos, de contenido igual o similar pero de origen común. En este caso si existe una verdadera diferencia de estructura jurídica aunque este tipo de situaciones han sido confundidas con los intereses colectivos y/o difusos; tales diferencias se proyectan necesariamente en el momento de la tutela jusrisdiccional.

En cuanto a la actuación de los grupos, el poder de acción se manifiesta dinámicamente en los diferentes actos jurídicos que las partes realizan en el proceso, y en los procesos que se inician a instancia de parte, sirviendo de fundamento a la actuación procesal de la jurisdicción, pero siempre dirigido por mandato constitucional a la tutela judicial efectiva.

Si utilizamos el concepto del derecho al proceso, podemos decir que todas las personas tienen derecho al proceso, mientras que todos los sujetos jurídicos a los que se los reconozca el ordenamiento, tienen poder de acción.

Aplicándolo a los grupos, estos sí tendrían poder de acción a la vista del derecho positivo, pero no el derecho al proceso según algunos autores por no tener personalidad, todo lo cual es discutible, pues la falta de personalidad no podrá determinar la no tutelabilidad de un derecho constitucional.

Así se constata, la existencia de ciertos conjuntos de bienes o personas, que sin tener personalidad jurídica independiente, son tratados unitariamente por el derecho como punto subjetivo de referencia de situaciones jurídicas, es decir, a los que éste atribuye capacidad.

Por todo lo cual podemos concluir que subjetividad jurídica y personalidad jurídica no son términos equivalentes, ya que existen sujetos de derecho (y capacidad) sin personalidad, capacidad que les ha sido explícitamente reconocida a determinados entes carentes de personalidad, tanto por vía legal como jurisprudencial, en el nuestro y en otros ordenamientos por ser un Derecho Humano fundamental.

No puede establecerse una "identificación absoluta entre la capacidad jurídica sustantiva y la capacidad para ser parte, partiendo de que la capacidad para ser parte no es sino una proyección o manifestación de la capacidad jurídica general" (Ibid., 316). Se aprecia en este sentido que si bien el derecho procesal reconoce la capacidad para ser partes a todos aquellos entes que poseen personalidad jurídica, la experiencia nos enseña como por razones prácticas y de justicia, es preciso reconocer capacidad para demandar y ser demandados a determinados entes, no dotados de personalidad jurídica, lo que demuestra que la capacidad jurídica procesal puede ser –y termina siendo- un concepto no idéntico, sino más amplio que la personalidad jurídica, definida por el derecho sustantivo.

La Constitución Nacional, en su artículo 26 amplió los supuestos de legitimación activa para “toda persona”, es por ello que los legitimados activos de la acción de amparo para la protección de los intereses colectivos y Difusos, son los titulares del interés colectivo y difuso, respectivamente.

El hecho de que los intereses supraindividuales sean compartidos, que sean intereses que al tiempo sean ajenos y propios, pero siempre comunes- no implica que la legitimación para su defensa no se conceda como base en la afirmación de un interés legítimo propio –que lo que no es exclusivo- por lo tanto ha de advertirse que la regla a la que se hacía referencia no deja de ser válida y que la efectividad de la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos y difusos no exige que ésta pueda ser instada por “extraños a la relación jurídica o situación jurídica originadora del interés (op.cit ,192).

La legitimación para la tutela de intereses supraindividuales puede ser concedida tanto a personas físicas como a personas jurídicas –organizaciones sociales privadas o públicas...– o grupos –sin personalidad”. A estas posibilidades cabe agregar otros instrumentos como la actuación de determinados *órganos públicos* que por sus funciones estén interesados en esta defensa y *la acción popular* que puede resultar un mecanismo apto para la tutela de estos intereses en aquellos casos en que es expresamente reconocida en el ordenamiento. (Gutiérrez, op. cit., 202).

Esto se aplica a los grupos y organizaciones, quienes por otra parte, presentan menor grado de dificultad en el acceso a la jurisdicción para la defensa de situaciones jurídicas que los particulares, debido a que no sufren en igual medida las limitaciones y obstáculos financieros, culturales, organizativos, etc., lo cual las dota de mayor disponibilidad ante las exigencias de tutela de los intereses supraindividuales, entre éstas se han

destacado dando lugar a numerosas reformas legislativas, lo cual ha determinado el progreso de la legislación en este campo, las asociaciones de consumidores las cuales pueden representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos.

Es así como además de los casos establecidos en la Ley y el mandato constitucional para la defensa de los intereses colectivos y difusos de la Defensoría del Pueblo, también se encuentran legitimados activamente el Ministerio Público , las organizaciones No Gubernamentales para defender intereses colectivos y difusos de los grupos que representan y en general toda persona jurídica en sentido amplio y toda persona jurídica calificada , que acredite su interés colectivo, para la protección de dichos intereses.

La jurisprudencia venezolana ha señalado que la **legitimación** corresponde a **órganos del Estado**, a saber, Fiscalía del Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Consejos de Derechos e incluso ha alcanzado a las organizaciones y federaciones que se encuentren autorizadas para actuar en esta materia. Sin embargo, este criterio de nuestra doctrina no es lo suficientemente amplio a nuestro entender para garantizar de acuerdo a lo preceptuado en el Artículo 26 de la Constitución, la Tutela Judicial efectiva de los Derechos e intereses Colectivos y Difusos, por cuanto establece limitaciones a la actuación del ciudadano que se siente lesionado en un Derecho que por su trascendencia y alcance puede configurarse como colectivo o difuso, sin que por ello deje de afectarlo de manera personal.

Corresponderá la ***competencia*** para conocer de todas las acciones que se ejerzan con ocasión de los derechos e intereses colectivos y difusos, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia "*hasta tanto no se haya dictado una ley procesal especial que regule estas acciones*", de conformidad

con el fallo en el caso *Dilia Parra*, ratificado en decisiones de la Sala Constitucional de fecha 22.08.2001 (Caso: *Asodeviprilara*) y 19.02.2002 (Caso: *Ministerio Público vs Colegio de Médicos del Distrito Federal*).

Es por otra parte, atentatorio del principio de acceso a la justicia, el concebir únicamente como competente a la Sala Constitucional para conocer de las acciones para la protección reforzada de los intereses colectivos y difusos.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia José Armando Mejías de 01 de febrero de 2000 estableció el procedimiento para tramitar amparos autónomos, sin embargo, existe el procedimiento especial para demandas (distintas al amparo) de intereses colectivos y difusos, descrito en la Sentencia "Créditos Mejicanos "admisión" de l 22 de agosto del 2000 de la Sala Constitucional.

Frente a los nuevos fenómenos jurídicos se propone romper paradigmas, pues no basta la posición tradicional hasta ahora sostenida, influenciada por el derecho sustancial con fundamento en la clásica contraposición de derechos y obligaciones, ya que existen consecuencias diversas como producto de situaciones jurídicas distintas del derecho subjetivo y su tutelabilidad, lo que depara importantes consecuencias en la estructura misma del proceso civil, entre las cuales se encuentra la legitimación y la regla de los límites subjetivos de la cosa juzgada, la cual deberá ser interpretada de manera más elástica.

Las clásicas instituciones del derecho procesal, léanse a modo de ejemplo la legitimación y la cosa juzgada, demuestran insuficiencia y deben ser objeto de importante revisión y adecuación. Este abandono de la perspectiva

tradicional se explica en forma simple a través del propósito final perseguido: dar efectividad a los nuevos derechos e intereses supraindividuales.

Es así como en nuestro país, se perfila la Jurisprudencia, llena de matices, de luces y de sombras y sin embargo proyectada hacia una tentativa definición y protección de los intereses colectivos y difusos. El sistema judicial se presenta desarticulado, sin mecanismos procesales claramente definidos, echando mano de decisiones a veces improvisadas en un mundo de procedimientos profusos y confusos, con pretensiones de perfilar un sistema de protección de los intereses colectivos y difusos por vía distinta a la legislativa para atender a las situaciones que requieren tutela efectiva y no admiten dilación. Su debilidad consiste en no enfrentar los cambios legislativos necesarios desarrollando mecanismos de tutela coherentes, definidos y concretos con adecuación a la vigente normativa constitucional.

El establecimiento en el ordenamiento jurídico de la Tutela de estos derechos colectivos y Difusos impone la urgente necesidad de desarrollar por vía legal el precepto contenido en el artículo 26 de nuestra carta magna, de manera que una adecuada regulación permita la adecuación de los institutos procesales, adaptando los ya existentes o creando nuevas figuras como garantía de acceso a la Justicia y una efectiva tutela judicial por parte del estado en beneficio de grupos específicos que se consideren lesionados en sus derechos e intereses .

Sin embargo, considerando ésta situación, creemos que es menester prever las regulaciones procedimentales necesarias y permanentes por vía legal, desarrollando los preceptos constitucionales en materia de intereses colectivos y difusos, ajustando y reformando las normativas vigentes que han

resultado obsoletas y entre las cuales se encuentran principalmente la Ley Orgánica de Amparo.

Ser coherentes con la normativa constitucional implica desarrollar lo concerniente a la protección de los intereses supraindividuales a través de precisos mecanismos procesales que garanticen un verdadero acceso a la Justicia, así como la tutela efectiva de los derechos ciudadanos, favoreciendo el acceso a la jurisdicción de determinados sujetos considerados socialmente menos favorecidos o que en el ámbito de la contratación ocupan una posición más débil.

Para algunos estudiosos europeos tales como Ghidini, Vigoritti y Denti (1978 y 1982, citados por Gutiérrez Op. Cit., 301), la protección de ninguna manera puede hacerse depender de formas de organización colectiva de defensa de este interés, tal como lo ha sostenido .Y que las acciones colectivas no debían ser promovidas por sujetos colectivos, pudiendo ser ejercidas perfectamente por individuos cotitulares de los intereses comunes, pues lo importante, no es la calidad del sujeto agente sino la dimensión del interés deducido" a pesar de que la opinión favorable a la formaciones sociales puede encontrar justificación en el plano de la oportunidad; se dice también que la defensa de intereses difusos es acción colectiva también cuando se hace valer por el particular portador del interés y no sólo cuando es promovida por el grupo o la asociación .

Por otra parte también existen intentos de uniformar o modelar los sistemas, lo cual si bien es loable desde cierto punto de vista, no será útil hasta alcanzar verdadera madurez las instituciones propias dado que aunque el fenómeno de los intereses colectivos y difusos es global, las necesidades en

los países son diversas y las instituciones procesales tienen sus particularidades.

Es así como las variaciones y adaptaciones que van surgiendo de las diferentes necesidades de tutela producto de los dinámicos cambios de la sociedad, permitirán la mayor riqueza y perfeccionamiento del derecho para alcanzar una verdadera justicia y equidad como finalidad última del derecho y en donde entra la tutela de los grupos.

Revolucionar los cimientos desde dentro, producir los cambios desde las propias instituciones será lo que finalmente ayude a consolidar no sólo los mecanismos procesales necesarios para la defensa de los derechos, sino también la apropiación individual y colectiva de estos intereses por parte de las comunidades para acceder a la Justicia.

Se necesitan nuevas normas, de fondo y forma, nuevos conceptos y aún nuevas fronteras, en el propio pensamiento jurídico, para afrontar los inéditos problemas y situaciones de trascendencia colectiva y difusa que se verifican en nuestra realidad.

BIBLIOGRAFIA

Abramovich, V. ***El acceso a la justicia: garantía de la igualdad*** [Libro en línea]. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Disponible: http://ela.org.ar/publicaciones/libros/acceso/. [Consulta: 2007, Marzo 22].

Almagro, J. (1982-83). ***Tutela procesal ordinaria y privilegiada (Jurisdicción Constitucional) de los Intereses Difusos***. Revista de Derecho Político, (Número 16), pág. 93-107.

Almagro, J. (1983). ***Tutela procesal ordinaria y privilegiada*** (Jurisdicción Constitucional) de los Intereses Difusos. Revista de Derecho Político, 16, 93 -107. Madrid

Avala, C. (1991). ***La acción de Amparo en Venezuela.*** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, p. 129.

Bachmaier, L. (2002). **La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español** [Revista en línea]. Boletín Mexicano de derecho Comparado (107). Consultado el 1 de Marzo de 2006 en http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1361

Badell, R. (2001, Octubre). ***El Amparo Constitucional***. Ponencia presentada en las Jornadas jurídicas Homenaje al Dr. Luis Loreto, Valencia.

Badell. R. (2004). La Tutela Judicial de los Intereses Colectivos y Difusos**.** [Artículo en línea] **Jornadas "*Tendencias Actuales del Derecho Procesal*", celebradas en el marco de los cincuenta años de la Universidad Católica Andrés Bello**. Disponible: http://www.badellgrau.com/Conferencia%20UCAB%20tutela%20intereses%20colectivos%20y%20difusos.html. [Consulta: 23 de marzo de 2006].

Badell, M. (2.004). ***La tutela Judicial de los intereses colectivos y difusos***

[conferencia] Jornadas *"Tendencias actuales del Derecho Procesal". UCAB*. Disponible: **http://www.badelgrau.com** [Consulta noviembre 2.004].

Barbosa, J. (1992). ***La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (Un aspecto de la experiencia brasileña).*** RDPro. Ob., num. 3, pp. 527-539.

Birgin y Kohen (Comp.) (2006). ***El acceso a la justicia: garantía de la igualdad*** [Libro en línea]. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Disponible:http://ela.org.ar/publicaciones/libros/acceso/. [Consulta: 2007, Marzo 22].

Brewer, C. *Instrumentos* de Justicia Constitucional en Venezuela. ***Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional***. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Bujosa, L. (1995). ***La protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo*** (1 era edición). Barcelona : Bosch.

Cabanellas, G. (1996). ***Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*** (24ª. Ed., Tomo VIII) Buenos Aires: Heliasta.

Caianello, V. (1988). Manuale di Diritto Procesuale Administrativo. Torino: UTET.

Calamandrei, P. (1996). ***Verdad y verosimilitud en el proceso***, **en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*,** Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro. vol. III.nº 3 passim.

Cánova, G, A. (1997-1999). ***¿Es necesaria la revisión por el Tribunal Constitucional de las decisiones judiciales****?* Justicia Constitucional en Iberoamérica. Disponible en: http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm [Consultado el 30 de abril de 2006].

Cappelleti, M (1975). Formación sociali e interessi di gruppo davanti allá giustizia civile*.* ***Rivista di Diritto Processuale****,* 3, 363-367.

Capelletti, M. (1976). Appunti sulla tutela giurisdizionale di interess collettivi o difussi, Giur.it., IV, 1975, cc.49-63; publicado también en AAVV: Le azioni a tutela di interessi collettivi. Cedam, Padova.

Capelletti, M. (1978). Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la Justicia civil. ***Boletín Mexicano de Derecho Comparado.*** 31-32, 1 y ss.

Caravita, B. (1990). ***Diritto pubblico dell'ambiente***. Il mulino. Bologna.

Carrillo, M**.:** (2001). ***Consideraciones hermenéuticas sobre la normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente en materia de conciliación***: los casos de Patria Potestad, guarda, obligación alimentaria y régimen de visitas. Primer año de vigencia de la LOPNA Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente (pp. 201-231).Caracas:Universidad Católica Andrés Bello.

Casal, J.: (2000). ***"Constitución y Justicia Constitucional".*** Los fundamentos de justicia constitucional en la nueva Carta Magna. Caracas: UCAB.

Casal, J.: (2001). ***Constitución y Justicia Constitucional***. UCAB. Caracas.

Casal, J.:(2004) ***Cosa juzgada y efecto vinculante en la Justicia Constitucional***. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [Tesis en línea] Consultado el 14 de Julio de 2007 en:
http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr14.pdf

Código Civil de Venezuela (1982) **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** (Extraordinaria) Nº 2.990, 26 de julio de 1982**.**

Código de Procedimiento Civil de Venezuela (1990) **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** (Extraordinaria) Nº 4.209, 18 de septiembre de 1990.

Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (1998) **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** (Extraordinaria) Nº 5.208, 23 de enero de 1998.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*** (1º. reimp.) (Extraordinaria) Nº 5.453 de 24 de marzo de 2000.

Congreso Venezolano de Derecho procesal (IV) en Honor a armiño Borjas y José Gabriel Sarmiento Nuñez (Junio 2003). San Cristóbal : Jurídica Santana.

Copan, J. (2005). ***Extensión de la cosa Juzgada en los procesos colectivos sus particularidades y sistemas***. [Ponencia en línea]. XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Disponible: http://www.eldial.com/suplementos/procesal/tcd.asp?id=1868&id_publicar=335&fecha_publicar=24/10/2005&camara=Doctrina#_ftn6#_ftn6 [Consulta: 2007, Mayo 30]

Copan, J. (2005, Septiembre). **Extensión de la cosa juzgada en los procesos colectivos. Sus particularidades y sistemas.** Ponencia al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Disponible: http://www.eldial.com/suplementos/procesal/tcd.asp?id=1868&id_publicar=335&fecha_publicar=24/10/2005&camara=Doctrina#_ftn6#_ftn6 (pagina Web)

Cordón, M. (1.979). ***La Legitimación en el Proceso Contencioso Administrativo***, Pamplona: EUNSA.

Couture, E. (1981). ***Fundamentos del Derecho procesal Civil***. Buenos Aires: Ed. De Palma.

Chäim, P. (1979). ***La lógica jurídica y la nueva retórica***, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, p. 105.

Chavero, R. (2001): ***El nuevo régimen del Amparo en Venezuela.*** Caracas: Sherwood.., Pág. 181 y siguientes.

Cofavic. (2.003). ***Los Derechos Humanos en Venezuela*** (2da. Ed).Caracas: DAI.

Constitución de la República Bolivariana, la**.** (2.001). **Gaceta Oficial 5.453 del 24 de Marzo de 2000** (2da. Versión). Reedición. Caracas: Juan Garay.

Denti, V. (1983). ***Interessi Difussi*** (Apéndice vol. IV). NssDI. Torino: Utet. 305- 313.

Denti V. (1974). ***Le azione a tutela di interesi collectivi,*** Revista di Diritto Processuale, 4, Padova.

De Vita, A.: ***La Tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella propetiva del sistema francese. Aspeti principele del problema e specificazioni in tema di protezione degli interessi dei consumatori*** en AAVV: *La tutella degli interessi diffusi nel Diritto comparato,* Giufré, Milano, 1976, pgs. 347-388.

Di Porto, A. (1992). "O papel de cidadao na tutela do ambiente", en Diritto Latinoamericano e sistema ecologico mundiale, Consiglio Nazzionalle delle Ricerche, Progetto Italia- America Latina. Italia. pp.189 y ss.

Duque, R. (2000). ***Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario***. Caracas: Ediciones Fundación ProJusticia Tomo 1. p 133.

Duque, C. (2003). ***Las acciones colectivas en el contencioso administrativo: un nuevo modelo procesal.*** *El Derecho constitucional y público en Venezuela*. Homenaje a Gustavo Planchart. Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello: Caracas. 267.

Favella, J. (2003). ***Acciones Populares y acciones por la tutela de Intereses Colectivos.*** Boletín mexicano de Derecho comparado, [Revista en línea] ,107 (1). Consultado el 30 de Noviembre de 2004 en: http://www.ejournal.unam.mex/boletín_mderecho/bolmex l

Ferrer, E. (2002). ***El acceso a la justicia de los intereses de grupo, hacia un amparo colectivo en México.*** México: Porrúa, México.

Fernández V. ***El acceso a la justicia: garantía de la igualdad"*** [Libro en línea] Instituciones, actores y experiencias comparadas. Disponible: http://ela.org.ar/publicaciones/libros/acceso/. [Consulta: 2007, Marzo 22].

Ferres, A. (2005). ***El Sistema de Acciones de Clase*** [Artículo en línea]. Biblioteca Jurídica virtual. Disponible: http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n11/02art3.pdf [Consulta: 2007, Mayo 23].

Fix-Zamudio, H. (1982). ***La protección procesal de los derechos humanos***, Madrid, Civitas, p. 54.

Fix-Zamudio, H y Cossio, J. El poder judicial en el ordenamiento mexicano. *Betancourt Liscano.* de fecha 16/02/2004.

Friedman, W. (1966). ***El derecho de una sociedad en transformación***. México. p. 142.

Gargarella, R. ***El acceso a la justicia: garantía de la igualdad*** [Libro en línea] Instituciones, actores y experiencias comparadas. Disponible: http://ela.org.ar/publicaciones/libros/acceso/ . [Consulta: 2007, Marzo 22].

Garro, A. (2006). ***El acceso a la justicia: garantía de la igualdad*** [Libro en línea] Instituciones, actores y experiencias comparadas. Disponible: http://ela.org.ar/publicaciones/libros/acceso/. [Consulta: 2007, Marzo 22].

Grau, M. (2001). **Los Intereses Colectivos y Difusos en *Derecho y Sociedad***. *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad*. Número 2. Abril. Caracas: Monteávila.

Gherardi, N**.** (2006). ***Notas sobre acceso a la Justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?*** [Artículo en línea]. Disponible: http://ela.org.ar/wp-content/uploads/articulo-acceso-a-la-justicia-cap-ng.pdf. [Consulta: 2007, Marzo 22].

Giannini, M. (1974). ***La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi,*** en AAVV:*la azioni a tutela di intertessi collettivi,* Cedam, Padova, 1976, pgs. 23-42; también publicado en *Riv. Dir. Proa*. pgs. 552-569.

Gidi, A. (2004). ***Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos Colectivos e Individuales en Brasil. Un Modelo para países de Derecho Civil.*** [Libro en línea]. Disponible:http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1337. [Consulta: 2006, Enero 6]

Gidi, A**.** (2004). ***Las acciones colectivas en Estados Unidos*** [Revista en línea] Direito e Sociedade, Curitiba p. 117-150, v. 3, n.1, jan./jun. 2004. Consulta: 29 de junio 2007. Disponible: http://www.mp.pr.gov.br/ceaf/rev31at5.doc

González, J. (1995). ***Las Partes en el Proceso, Terceros Intervinientes, Coadyuvantes,*** en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho*

Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Caracas Editorial Jurídica Venezolana. p. 390.

González E. (2.000).: ***Manual de la Defensoria del Pueblo***. Instituto Municipal de Publicaciones, Alcaldía de Caracas.

Gutierrez, P. y Caviedes de, H. (1999). : ***La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales Colectivos y Difusos***. Elcano (Navarra): Aranzadi.

Ley del Ambiente (1976).: ***Gaceta oficial de la República de Venezuela*****,** Nº 31.004 de fecha 16 de junio de 1976.

Ley de Ordenación Urbanística (1987).: ***Gaceta oficial de la República de Venezuela*****,** Nº 33.868, 16 de diciembre de 1987.

Ley de Protección al Consumidor y usuario (2004).: ***Gaceta oficial de la República de Venezuela*****,** Nº 37.930, 04 de mayo de 2004.

Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y Garantías Constitucionales (1988).: ***Gaceta oficial de la República de Venezuela*****,** Nº 34.060, 27 de septiembre de 1988.

Ley Orgánica de Régimen Municipal. (1989).: ***Gaceta oficial de la República de Venezuela*****,** Nº 4.109 (Extraordinaria), Junio 15 de 1989.

Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre Participación de la Comunidad ***Gaceta oficial de la República de Venezuela*****,** N° 5.398 (Extraordinaria), 26 de octubre de 1999.

Longo, P. (2001). El Ministerio Público dentro del Sistema de protección de la infancia y de la Adolescencia. ***Segundas jornadas sobre la Ley orgánica de Protección del niño y del Adolescente***. (pp. 178-199). Caracas: UCAB.

Longo, P. (2006). ***La Tutela Constitucional de los Intereses Supraindividuales.*** Tendencias Actuales del Derecho Procesal. Caracas: UCAB.

López, M. ***El acceso a la justicia: garantía de la igualdad****.* [Libro en línea] Instituciones, actores y experiencias comparadas. Disponible: http://ela.org.ar/publicaciones/libros/acceso/ . [Consulta: 2007, Marzo 22].

Loreto, L. (1987). ***Contribución al estudio de la excepción de Inadmisibilidad por falta de cualidad, en Ensayos Jurídicos***. Caracas: Ed. Jurídica Venezolana.

Marinoni, L. (2004). ***O princípio da segurança dos atos jurisdicionais*** *(a questão da relativização da coisa julgada material)*, RIDP año IV nº 6, principalmente el nº 2(pp. 261-262).

Mariz W. (1984): ***Tutela jurisdiccional dos intereses colectivos e difusos****,* en *Revista de Processo,* nº 33, enero-marzo 1984, pp.7.25. San Pablo.

Moles Caubet, Pérez L, *et al*, (1989). ***Contencioso Administrativo en Venezuela*****,** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, p. 15.

Molina, R. **Informe provea 1999-2000**. [Consultado el 15 de junio de 2007 en http://www.derechos.org.ve/publicaciones/infanual/1999_00/prologo.htm]

Montero, J y otros. (2000): **El *nuevo proceso civil*** (Ley 1 2000) Valencia. España: Ed. Tirant lo Banch.

Morello, A. (1978). ***La defensa de los "intereses difusos" y el Derecho procesal,*** en revista Jurisprudencia Argentina, vol. III. Buenos Aires.

Morello, A y Berizonce , R. (1981, octubre). ***Legitimación para la defensa de los intereses difusos,*** ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal elaborado en La Plata, Argentina: Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de La Plata.

Morello y Stglitz. Intereses Difusos y Acceso a la Justicia. ***Memoria de las XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal,*** México *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Disponible en: http://www.bibliojuridica.org/libros/2/592/20.pdf [Consulta febrero 20, 2007].

Morello, A y Stiglitz, Gabriel (1986). ***Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos.*** Librería Editora Platense. La Plata, p. 114.

Morcillo, E y Guarena, J. (1998). ***Formación en Derechos Humanos, Manual para Agentes Multiplicadores.*** Vicaría Episcopal de Derechos Humanos, Arquidiócesis de Caracas. Caracas: Misereor.

Nigro, M. (1979). ***Giustizia administrativa***, Il l Mulino, Bologna.

Nigro, M. (1987). ***Le due facce del'interesse difuss:ambiguitá di una formula e mediazioni Della giurisprudenza***, Foro . Italia., cc 7-20.

Ochoa, F. (2003). : ***Los Procedimientos en Venezuela para la Tutela de los Intereses Difusos y Colectivos***. IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal. San Cristóbal: Jurídica Santana.

Ortiz, R. (2004). ***Teoría General de la Acción procesal en la Tutela de los intereses jurídicos.*** Caracas: Ed Frónesis.

Ortiz, R. (2001). ***Tutela constitucional preventiva y anticipativa****.* Caracas: Ed Frónesis.

Ovalle, J. (2003) ***Acciones Populares y Acciones para la Tutela de los Intereses Colectivos*** [Revista en línea]. Boletín Mexicano de derecho Comparado (107). Consultado el 1 de Marzo de 2006 en: /www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art6.htm

Parrilli, O (1997). ***La Intervención de Terceros en el Proceso Civil***. Caracas: Gráficas Mar, C.A.

Pellegrini, A. (1989). ***A tutela jurisdiccional dos intereses difusos****,* en *Revista Brasilera de Directo Processual,* vol. 16. Río de Janeiro.

Pellegrini, A. (1994). ***I processi collettivi del consumatore nella prasi brasiliana.*** Riv. Dir .proc.

Pinto, M. ***El acceso a la justicia: garantía de la igualdad****.* [Libro en línea] Instituciones, actores y experiencias comparadas. Disponible: http://ela.org.ar/publicaciones/libros/acceso/ . [Consulta: 2007, Marzo 22].

Provea y red de apoyo por la justicia y la paz (1997). ***Derechos Humanos para Comunicadores.*** Caracas: Ed. Papiro.

Quiroga, H. (1.998). ***El Amparo Colectivo***. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Real Academia Española. (1992), ***Diccionario de la Lengua Española***, vigésimo primera ed., t II, Madrid: Espasa Calpe.

Rondon, H. (1994). ***La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos***. Caracas: Arte.

Rondon, H. (2.001). ***Análisis de la Constitución Venezolana de 1.999***. Caracas: Ex Libris.

Sarmiento, C. (2.000). ***La Justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.** Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Serra, M (1969). : ***Evolución Histórica y orientaciones modernas del concepto de acción en Estudios de Derecho procesal***. Ed. Ariel. Barcelona (España).

Silgueiro, J. (1995). ***La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a través de la legitimación de los grupos***. Madrid: Dykinson.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2000) [Decisiones en línea] **Sentencia *Defensoría del Pueblo,*** 30/06/00, Sala Constitucional. [Consultado el 1 de Diciembre de 2005] en: http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2002/mayo/025-22-02-26434-2002-1181.html

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2000) ***Seguros Corporativos (Segucorp), contra la Superintendencia de Seguros.*** Sala Constitucional. *Sentencia de 27 de julio de 2000.*

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2000) [Decisiones en línea], ***Línea naviera de Cabotaje, LINACA vs Intendente Nacional de Aduanas.*** Sentencia No.431 de 11 de mayo 2000 Consultado el 30 de abril de 2006 en: http://corte-marcial.tsj.gov.ve/decisiones/2006/febrero/1477-21-AP42-N-2005-0487-N-2005-0491-2006-319.html.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2000). **Caso Raúl Rodríguez Ruiz,** Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia No. 511 del 24 de mayo de 2000.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2000) sentencia de 13 de julio de 2000. ***Caso Asociación de propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda***, APRUM VS Juzgado Superior

Primero en lo Civil, Mercantil y del Transito de Caracas, en recurso de revisión, exp. 00-0706.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2000) [Decisiones en línea] ***Sentencia de 23 de agosto de 2000 (Ruth Carriles y Red de Veedores de la UCAB vs Consejo Nacional Electoral***, exp. 00-2378), Consultado el 2 de mayo de 2004 en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1050-230800-00-2378%20.htm

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2000). [Decisiones en línea] ***Sentencia de 21 de noviembre de 2000 (Gobernador del Estado Mérida y otros vs Ministerio de Finanzas,*** *exp.00-1901)*,

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2001) [Decisiones en línea] *Sala Constitucional,* **Sentencia *Asodeviprilara*** *del 22 de agosto de 2001. Consultado el 10 de noviembre de 2006* en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2001) [Decisiones en línea] *Sala Constitucional***, Sentencia *Asodeviprilara*** *del 24 de enero de 2002. Consultado el 10 de noviembre de 2006* en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2001) [Decisiones en línea] *Sala Constitucional***, Sentencia *Félix Rodríguez,*** del 19 de Diciembre de 2002. Consultado el 13 de Diciembre de 2006 en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/3342-191202-02-3157%20.htm.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2001) [Decisiones en línea] *Sala Político Administrativa,* ***Sentencia Enfermos de VIH/SIDA*** de 15 de Julio de 1999. Consultado el 22 de Julio de 2005, en: http://www.tsj.gov.ve/sentencias/SPA/spa15071999-15789.html.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2001) [Decisiones en línea] Sala Constitucional, **Sentencia *Glenda López, Diana Irazábal, Sandra Acosta y otros contra del Instituto***

Venezolano de los Seguros Sociales**,** N° 487, del 6 de abril de 2001, Consultado el 1 de Marzo de 2006 en: http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/consulta_juri_deci.asp?d=11365&ns=Sala%20Constitucional.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2001) [Decisiones en línea] Sala Político Administrativa, ***Sentencia Banco FIVENEZ*** *del* 13 días del mes de abril de dos mil, consultado el 30 de marzo de 2006 en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00873-130400-16438.htm

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2001) [Decisiones en línea] Sala Constitucional, ***Sentencia "Haydee Margarita Parra",*** de 17 de Diciembre de 2001, Consultado el 22 de Diciembre de 2006 en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2675-171201-01-0725%20.htm

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2001) [Decisiones en línea] Sala Constitucional, ***Sentencia José Armando Mejías*** de 01 de febrero de 2000, consultado el 23 de agosto de 2006 en: http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/805-8-EP01-S-04-4586-.html

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2001) [Decisiones en línea] Sala Constitucional***, Sentencia Enrique Mendoza*** de 09 de febrero 2001, consultado el 24 de marzo de 2006 en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/154-090201-00-2934%20.htm .

Tovar, O. (1.983). ***La Jurisdicción Constitucional***. Caracas: Serie Estudios.

Vigoriti, V. (1979). ***Interessi collettivi e processo. La legitimazione ad agire***, Giufré. Milano.

Villegas, J. (1999). ***La protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos****.* Universidad Católica del Táchira. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Villegas, J. (2000). ***Los Intereses Difusos y Colectivos en la Constitución de 1999,*** Revista de Derecho Constitucional, Nº 2, enero-junio, Caracas: Sherwood.

Vásquez, J (2004). ***La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva ley de enjuiciamiento civil española***. Las acciones para la Tutela de los Intereses Colectivos y de Grupo [Libro en línea]. Consultado el 10 de abril de 2006 en: http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1361.

ANEXOS

Anexo 1

CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS

PARA IBERO AMÉRICA

Capítulo I

Disposiciones generales

Art 1° . - Ámbito de aplicación de la acción colectiva - La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

I - intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoria o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

II - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoria o clase.

Art. 2º. Requisitos de la demanda colectiva. - Son requisitos de la demanda colectiva:

I -la adecuada representatividad del legitimado;

II – la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.

Parte 1°: Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto.

Parte 2°: En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;

b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;

c – su conducta en otros procesos colectivos;

d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;

e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

Par. 3º - El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento, y aplicará, si fuere el caso, lo dispuesto en el parágrafo 4º del art. 3º.

Art. 3º . Legitimación activa. - Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

I – toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho;

II – cualquier miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos;

III - el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoria Pública ;

IV – las personas jurídicas de derecho público interno;

V – las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun aquellos sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código;

VI - las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría;

VII – las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este Código, sin que sea necesaria la autorización de la asamblea;

VIII - l os partidos políticos, para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales.

Par. 1°. El requisito de la pre-constitución puede ser dispensado por el juez, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido.

Par. 2 °. Será admitido el litisconsorcio facultativo entre los legitimados.

Par. 3 o . En caso de interés social relevante, el Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

Par. 4°. En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o de abandono de la acción por la persona física, entidad sindical o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.

Par. 5°. El Ministerio Público y los órganos públicos legitimados podrán requerir de los interesados el compromiso administrativo de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de título ejecutivo extrajudicial.

Capítulo II

De los proveimientos jurisdiccionales

Art. 4°. Efectividad de la tutela jurisdiccional.- Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código son admisibles todas las acciones aptas para propiciar su adecuada y efectiva tutela.

Art. 5°. Tutela jurisdiccional anticipada .- El juez podrá, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y:

I - exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final o

II -esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

Par. 1°. No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante.

Par. 2°. En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento.

Par. 3°. La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundada.

Par. 4°. Si no hubiere controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, y proseguirá el proceso, si fuere el caso, para el juzgamiento de los demás puntos o cuestiones comprendidas en la demanda.

Art. 6°. Obligaciones de hacer y de no hacer. En el proceso que tenga por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o determinará las medidas que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

Par. 1°. El juez podrá, en la hipótesis de anticipación de la tutela o en la sentencia, imponer una multa diaria al demandado, independientemente del pedido del actor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijando plazo razonable para el cumplimiento de la resolución.

Par. 2º. El Juez podrá, de oficio, modificar el valor o la periodicidad de la multa, en el caso de que verifique que se tornó insuficiente o excesiva.

Par. 3°. Para la tutela específica o para la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez determinar las medidas necesarias, tales como la búsqueda y la aprehensión, la remoción de cosas y personas, la demolición de obra, la prohibición de actividades nocivas y podrá requerir el auxilio de la fuerza policial.

Par. 4º. La conversión de la obligación en daños y perjuicios solamente será admisible si por ella optare el actor o si fuere imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente.

Par.5°. La indemnización por daños y perjuicios procederá independientemente de la multa.

Art. 7°. Obligaciones de dar.- En el proceso que tenga por objeto la obligación de entregar cosa, determinada o indeterminada, se aplican, en lo pertinente, las disposiciones del artículo anterior.

Art. 8º. Acción indemnizatoria. En la sentencia que condene a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, el juez dispondrá que la indemnización sea vertida al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos, administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad, sus recursos serán destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado.

Par. 1° - El Fondo será notificado sobre la deducción de toda acción colectiva y sobre las decisiones más importantes en tales procesos y podrá intervenir en los procesos colectivos en cualquier tiempo y grado de la jurisdicción para demostrar la inadecuación del representante o para auxiliarlo en la tutela de los derechos del grupo, categoría o clase.

Par. 2° – El Fondo llevará registros que discriminen el origen y destino de los recursos, e indicará la variedad de bienes jurídicos a ser tutelados y su ámbito regional.

Par. 3º - En atención a la especificidad del bien jurídico dañado, a la extensión territorial afectada y a otras circunstancias consideradas relevantes, el juez podrá determinar, en decisión fundamentada, el destino de la indemnización; dictará las providencias que deban ser tomadas para la reconstitución de los bienes afectados; podrá ordenar la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras, que beneficien el bien jurídico tutelado.

Par. 4º - La decisión que especifique el destino de la indemnización indicará, de modo claro y preciso, las medidas que deberán ser tomadas por el Consejo Gestor del Fondo, así como el plazo razonable para que tales medidas sean practicadas.

Par. 5º - Terminado el plazo fijado por el juez, el Consejo Gestor del Fondo presentará un informe de las actividades realizadas, siéndole posible, según sea el caso, requerir la prórroga del plazo para complementar las medidas fijadas en la decisión judicial.

Capítulo III

De los procesos colectivos en general

Art. 9º. Competencia territorial.- Es competente para la causa el juez:

I – del lugar donde hubiere ocurrido o pudiera ocurrir el daño, cuando sea de ámbito local;

II – de la Capital , para los daños de ámbito regional o nacional, aplicándose las reglas pertinentes de organización judiciaria.

Art. 10. Objeto y fundamento .- En los procesos colectivos, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente.

Par. 1º . Oídas las partes, el juez permitirá la enmienda de la demanda inicial para alterar o ampliar su objeto o la causa de pedir.

Par. 2º. El juez permitirá la alteración del objeto de proceso en cualquier tiempo y en cualquier grado de jurisdicción, siempre que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la parte contraria y el contradictorio sea preservado.

Art. 11. Audiencia preliminar. - Cerrada la fase postulatoria, el juez convocará a la audiencia preliminar, a la cual comparecerán las partes o sus procuradores, habilitados para transigir.

Par. 1º. El juez oirá a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral de tercero.

Par. 2º. La evaluación neutral de tercero, obtenida dentro del plazo fijado por el juez, será reservada, inclusive para éste, y no vinculante para las partes, pues su finalidad exclusiva es la de orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto.

Par. 3º. Preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimien to de la obligación.

Par. 4º. Obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial.

Par. 5º. Si no se obtuviere la conciliación, si ésta fuere parcial, o si, por cualquier motivo, no fuere adoptado otro medio de solución del conflicto, el juez, en forma fundada:

I – decidirá si el proceso tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva;

II – podrá separar los pedidos en procesos colectivos distintos, tendientes a la tutela, respectivamente, de los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos, siempre que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso;

III – fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones procesales pendientes y determinará las pruebas a ser producidas, y convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento, si fuere el caso.

IV - esclarecerá a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1º del art. 12.

Art. 12. Pruebas. - Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos.

Par.1º - La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible aportar la prueba respectiva, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos.

Par. 2º - Durante la fase de instrucción, si surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa, el juez podrá rever, en decisión fundada, la distribución de la carga de la prueba, y conceder a la parte a quien le fue atribuida un plazo razonable para la producción de la prueba, respetando las garantías del contradictorio en relación a la parte contraria.

Par. 3º - El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio.

Art. 13. Anticipación de la decisión de fondo .- El juez decidirá sin más la demanda en cuanto al mérito, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba.

Parágrafo único. El juez podrá decidir sin más trámite, parte de la demanda, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba, siempre que ello no implique prejuzgamiento directo o indirecto del litigio que quede pendiente de decisión. En este caso el proceso continuará para la instrucción y juzgamiento de los demás pedidos que se decidirán en resoluciones complementarias.

Art. 14.- Legitimación para la liquidación y ejecución de condena.- Transcurridos 60 (sesenta) días desde que la sentencia condenatoria quedare firme, sin que el demandante promueva la liquidación o la ejecución, deberá hacerlo el Ministerio Público, cuando se trate de interés social relevante, quedando facultados, asimismo, para dicha iniciativa, en todos los casos, los demás legitimados.

Art. 15. Costas y honorarios .- En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia condenará al demandado, si fuere vencido, en las

costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, así como en los honorarios de los abogados de la parte actora.

Par. 1º. Para el cálculo de los honorarios, el juez tendrá en consideración la ventaja para el grupo, categoría o clase, la cantidad y calidad del trabajo desempeñado por el abogado de la parte actora y la complejidad de la causa.

Par. 2º. Si el legitimado fuere persona física, sindicato o asociación, el juez podrá fijar una gratificación financiera cuando su actuación hubiera sido relevante en la conducción y éxito del proceso colectivo.

Par. 3º . Los actores en los procesos colectivos no adelantarán costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, ni serán condenados, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales.

Par. 4º. El litigante de mala fe y los responsables de los respectivos actos serán solidariamente condenados al pago de los gastos del proceso, de los honorarios de los abogados de la parte contraria y al décuplo de las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios.

Art. 16. - Procesos de trámite prioritario .- El juez deberá dar prioridad al trámite de los procesos colectivos, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión del daño o por la relevancia del bien jurídico que deba ser protegido.

Art. 17. - Interrupción de la prescripción .- La citación válida en los procesos colectivos interrumpe el plazo de prescripción de las pretensiones individuales y transindividuales directa o indirectamente relacionadas con la controversia **,** y retrotrae sus efectos a la fecha de la presentación de la demanda .

Art. 18 - Efectos de la apelación .- La apelación de la sentencia definitiva tendrá efecto meramente devolutivo, salvo cuando la fundamentación fuere relevante y pudiere resultar para la parte una lesión grave y de dificil reparación, caso en el cual el juez podrá atribuir al recurso efecto suspensivo.

Art. 19 - Ejecución definitiva y ejecución provisional .- La ejecución es definitiva cuando la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada; es provisoria cuando están pendientes los recursos admisibles.

Par. 1º - La ejecución provisoria corre por cuenta y riesgo del ejecutante, quien responderá por los perjuicios causados al ejecutado, en caso de que la sentencia recurrida fuere modificada.

Par. 2º - La ejecución provisoria permite la práctica de actos que importen la enajenación del dominio o el levantamiento de depósito en dinero.

Par. 3º - A pedido del ejecutado, el juez podrá suspender la ejecución provisoria cuando de ella pudiere resultar una lesión grave o de difícil reparación.

Capítulo IV

De los procesos colectivos para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos.

Art. 20 - Pretensión colectiva de responsabilidad civil.- Los legitimados podrán proponer, en nombre propio y en el interés de las víctimas o de sus sucesores, entre otras (art. 4 o), la pretensión civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes.

Parágrafo único.- La determinación de los interesados podrá producirse en el momento de la liquidación o ejecución de lo juzgado, por lo que no será necesario que la petición inicial esté acompañada de la relación de miembros del grupo, clase o categoría. Según el caso, el juez podrá exigir, al demandado o al tercero, la presentación de la relación y datos de las personas que integran el grupo, categoría o clase.

Art. 21. Citación y notificaciones.- Estando en forma la petición inicial, el juez ordenará la citación del demandado y la publicación de edictos en el Órgano Oficial, con la finalidad de que los interesados puedan intervenir en el proceso como asistentes o coadyuvantes.

Par. 1º - Sin perjuicio de la publicación de edictos, el juez ordenará que sean notificados los órganos y entidades de defensa de los intereses o derechos protegidos en este Código, acerca de la existencia de la demanda colectiva y

de su trámite a fin de que cumplan con lo dispuesto en el acápite de este artículo.

Par. 2º - Cuando fuere posible la ejecución de lo juzgado, incluso en forma provisoria, o estuviere precluida la decisión anticipatoria de los efectos de la tutela pretendida, el juez ordenará la publicación de edictos en el Órgano Oficial, a costa del demandado, a quien impondrá, también, el deber de divulgar nueva información por los medios de comunicación social, observando el criterio del costo reducido. Sin perjuicio de las referidas providencias, el juez dispondrá la comunicación a los órganos y entidades de defensa de los intereses o derechos protegidos en este Código, para los efectos de lo dispuesto en el parágrafo anterior.

Par. 3º -. Los intervinientes no podrán discutir en el proceso colectivo de conocimiento sus pretensiones individuales.

Art. 22. Sentencia de condena. - En caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica y fijará la responsabilidad del demandado por los daños causados así como el deber de indemnizar.

Par. 1º. Siempre que fuere posible, el juez determinará en la propia sentencia colectiva el monto de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo.

Par. 2º - Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme, prevalentemente uniforme o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.

Par. 3º - El miembro del grupo que no esté de acuerdo con el monto de la indemnización individual o la fórmula para su cálculo establecidos en la sentencia colectiva, podrá deducir una pretensión individual de liquidación.

Art. 23. Liquidación y ejecución individuales.- La liquidación y la ejecución de la sentencia podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados para la acción colectiva.

Parágrafo único – En el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante, corresponderá a éste probar, tan sólo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización.

Art. 24. Ejecución colectiva.- La ejecución podrá ser colectiva si es promovida por los legitimados en el proceso colectivo y abarcará a las víctimas cuyas indemnizaciones ya hubieran sido fijadas en liquidación, sin perjuicio del trámite de otras ejecuciones.

Parágrafo único. La ejecución colectiva se hará en base a las decisiones de liquidación certificadas, en las cuales constará si se encuentran o no firmes.

Art. 25. Competencia para la ejecución – Es competente para la ejecución el juez:

I - de la liquidación de la sentencia o de la pretensión condenatoria, en el caso de ejecución individual;

II - de la pretensión condenatoria, cuando sea colectiva la ejecución.

Art. 26 – De los pagos. El pago de las indemnizaciones o el levantamiento del depósito será hecho personalmente a los beneficiarios.

Art. 27. Liquidación y ejecución por los daños globalmente causados. - Transcurrido el plazo de un año sin la comparecencia de los interesados en número representativo y compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del artículo 3 promover la liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados.

Parágrafo único - El valor de la indemnización será fijado en atención al daño globalmente causado, que será demostrado a través de todas las pruebas en derecho admitidas. Si fuere difícil o imposible la producción de pruebas, en razón de la extensión del daño o de su complejidad, la cuantía de la indemnización será fijada por peritaje arbitral.

Art. 28. - Concurrencia de créditos.- En caso de concurso de créditos derivados de la condena de que trata el artículo 6 o y de indemnizaciones por los perjuicios individuales resultantes del mismo evento dañoso, éstas tendrán preferencia en el pago.

Parágrafo único. Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, la entrega de las cantidades que deba percibir el Fondo quedará suspendida mientras estén pendientes de decisión de segundo grado las acciones de indemnización por los daños individuales, salvo en la hipótesis de que el patrimonio del deudor sea manifiestamente suficiente para responder por la totalidad de las deudas.

Capítulo V

De la conexión, de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Art. 29. - Conexión.- Si hubiere conexión entre las causas colectivas, se produce prevención en favor del juez que conoció del primer proceso, quien de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la acumulación de todos los litigios, aun cuando en éstos no actúen la totalidad de los mismos sujetos procesales.

Art. 30. - Litispendencia.- El primer proceso colectivo produce litispendencia respecto de los posteriores en los que se hagan valer pretensiones sobre el mismo bien jurídico, aún cuando sean diferentes los legitimados activos o las causas de pedir.

Art. 31. - Relación entre la acción colectiva y las acciones individuales.- La acción colectiva no genera litispendencia respecto de las acciones individuales, pero los efectos de la cosa juzgada colectiva (art. 33) no beneficiarán a los actores en los procesos individuales, si no fuera requerida la suspensión del proceso individual en el plazo de 30 (treinta) días, a contar desde el conocimiento efectivo del proceso colectivo.

Parágrafo único.- Corresponde al demandado informar en el proceso por la acción individual sobre la existencia de una acción colectiva con el mismo fundamento bajo la pena de que, de no hacerlo, el actor individual se beneficiará de la cosa juzgada colectiva aún en el caso de que la demanda individual sea rechazada.

Art. 32. Conversión de las acciones individuales en una acción colectiva.- Si el juez tuviere conocimiento de la existencia de diversos procesos individuales tramitados contra el mismo demandado, con el mismo fundamento, notificará al Ministerio Público y en la medida de lo posible, a otros representantes adecuados, a fin de que si lo desearen propongan una acción colectiva, pero quedará a salvo para los actores individuales la facultad prevista en el artículo anterior.

Art. 33.- Cosa juzgada.- En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada erga omnes , excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual

cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba.

Parte 1º. Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, en el plazo de 2 (dos) años contados desde el conocimiento de nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso.

Parte 2º - Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual.

Parte 3º. Los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas y a sus sucesores quienes podrán solicitar la liquidación y la ejecución en los términos de los artículos 22 a 24.

Parte 4º. Lo dispuesto en el parágrafo anterior, es aplicable a la sentencia penal condenatoria.

Parte 5º. La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada erga omnes .

Art. 34. Relaciones jurídicas continuadas.- En las relaciones jurídicas continuadas, si sobreviniere modificación en el estado de hecho o de derecho, la parte podrá pedir la revisión de lo que fue decidido por sentencia.

Capítulo VI

De las acciones contra un grupo, categoría o clase.

Art. 35.- Acciones contra el grupo, categoría o clase.- Cualquier clase de pretensión puede ser propuesta contra una colectividad organizada o que tenga representante adecuado, en los términos del parágrafo 2 o del artículo

2 o de este Código, siempre que el bien jurídico a ser tutelado sea supraindividual (artículo 1 o) y esté revestido de interés social.

Art. 36 - Cosa juzgada pasiva: intereses o derechos difusos.- Cuando se trate de intereses o derechos difusos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase.

Art. 37. - Cosa juzgada pasiva: intereses o derechos individuales homogéneos.- Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda, no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán plantear pretensiones o defensas propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual.

Parágrafo único – Cuando la pretensión colectiva fuere promovida contra un sindicato, como sustituto procesal de la categoría, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará individualmente a todos los miembros, aún en el caso de procedencia del pedido.

Art. 38. Aplicación supletoria a las acciones pasivas.- Es aplicable complementariamente a las acciones colectivas pasivas lo dispuesto en este Código para las acciones colectivas activas, en lo que no fuera incompatible.

Capítulo VII

Disposiciones finales

Art. 39. Principios de interpretación.- Este Código será interpretado de forma abierta y flexible, compatible con la tutela colectiva de los intereses y derechos de que trata.

Art. 40. Especialización de los magistrados. Siempre que sea posible, los procesos colectivos serán procesados y juzgados por magistrados especializados.

Art. 41. Aplicación subsidiaria de las normas procesales generales y especiales. - Aplícanse subsidiariamente, en lo que no fueren incompatibles, las disposiciones del Código de Proceso Civil y de la legislación especial pertinente.