

## **XIII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL**

### **NUEVAS ORIENTACIONES EN LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS INTERESES DIFUSOS**

**Prof.: Doctor ANGEL LANDONI SOSA**  
**Profesor Titular de Derecho Procesal**  
**en la Facultad de Derecho de la Universidad**  
**de la República Oriental del Uruguay**

(Cuernavaca, México 9-12 agosto de 1992)

#### **1. UN TEMA DE NUESTRO TIEMPO**

La prensa a diario nos muestra que hoy se reclama con insistencia, además del respeto a los derechos humanos fundamentales, la tutela de aquellos otros que se han denominado de la 3ª. generación, a saber: derecho a la paz, derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y saludable, al equilibrio ecológico, a la protección del consumidor, así como a la preservación de los bienes de valor histórico, cultural, artístico y paisajístico que puedan considerarse patrimonio común de la sociedad humana.

La protección de dichos valores por el ordenamiento jurídico se considera prioritaria y existe conciencia, la que es cada vez mayor, respecto de que esa tutela debe ser necesariamente internacional, para ser verdaderamente efectiva.

Como datos sintomáticos de esa transformación político-jurídica mencionaremos los siguientes:

La Constitución Española de 1978 que en su artículo 45 y con referencia al medio ambiente dispone:

“1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Por otra parte, la mencionada Constitución con referencia al patrimonio histórico, cultural y artístico en su artículo 46 establece: “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

Y con respecto a la defensa de los consumidores en el artículo 51 preceptúa:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

En el mismo sentido que hemos apuntado, en el ámbito regional, la Constitución de 1987 de la Provincia de Córdoba (República Argentina), en el capítulo Tercero sobre: “Ecología, Medio Ambiente y Calidad

de Vida", en su artículo 66 dispone: "Toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano. Este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, a la conservación de los recursos naturales y culturales y a los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y la preservación de la flora y la fauna.

El agua, el suelo y el aire como elementos vitales para el hombre, son materia de especial protección en la Provincia.

El Estado Provincial protege el medio ambiente, preserva los recursos naturales ordenando su uso y explotación y resguarda el equilibrio del sistema ecológico, sin discriminación de individuos o regiones".

Más recientemente, la Constitución brasileña de 1988, en los temas que nos interesan en este momento, en su artículo 23 establece: "Es competencia común de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios:

III) proteger los documentos, las obras y otros bienes de valor histórico, artístico y cultural, los monumentos, los paisajes naturales notables y los sitios arqueológicos.

VI) proteger el medio ambiente y combatir la polución en cualquiera de sus formas.

VII) preservar los bosques, la fauna y la flora".

Y en el artículo 24 determina que: "Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar convenientemente sobre:

V) producción y consumo.

VI) bosques, caza, pesca, fauna, conservación de la naturaleza, defensa del suelo y de los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la polución.

VII) protección del patrimonio histórico, cultural, artístico, turístico y paisajístico.

VIII) responsabilidad por daño al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico".

Así mismo la referida Constitución brasileña, en el Título VII relativo al "Orden económico y financiero", cuando regula los "Principios generales de la actividad económica" en su artículo 170 establece que entre ellos se encuentran:

"V) la defensa del consumidor.

VI) la defensa del medio ambiente".

Por otra parte, dicha Carta cuando regula en el Título VIII "El orden social" tiene un capítulo VI relativo al "Medio ambiente" y en el artículo 225 consagra lo siguiente: "Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una saludable calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y las futuras generaciones".

Los ejemplos citados son, tan sólo, una pequeña muestra de la preocupación que hoy recorre el mundo y que busca los caminos adecuados para lograr la efectiva vigencia de esos derechos, tratando de acortar las distancias que, lamentablemente, separan al ideal de la realidad.

## 2. LA NOCIÓN DE INTERES DIFUSO

### 2.1. Introducción

Nuestros ordenamientos jurídicos, tradicionalmente, habían establecido al derecho subjetivo como la situación jurídica fundamental y sobre la base de su violación o insatisfacción, se había estructurado el proceso individual o de partes singulares.

Modernamente, en cambio, se han ido perfilando una serie de situaciones jurídicas de diversa relevancia que han acotado aquella noción<sup>(1)</sup> y se han incorporado, entre otras, las nuevas categorías de interés difuso y de interés colectivo.

(1) Véase ARLAS, José. "Situaciones jurídicas procesales" en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/1978 p. 26-35; Barrios de Angelis, Dante, "Teoría del Proceso" Ediciones Depalma, 1979, pp. 141 y ss. y LANDONI SOSA, Angel. "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en RUDP 4/1981 pp. 350-364.

## 2.2 Interés colectivo e interés difuso

No existe uniformidad en la doctrina respecto de estos conceptos. Si bien existen autores que aún no los distinguen, poco a poco se va afirmando la posición que tiende a separarlos.

En tal sentido ANNA DE VITA <sup>(2)</sup> sin perjuicio de señalar que ambas nociones se refieren a situaciones por muchos aspectos análogas, considera que el aspecto distintivo radicará en que en las hipótesis de "intereses difusos" no existiría una comunidad de personas genéricamente organizada e identificable, sino más bien una situación más fluida de una realidad plurisubjetiva.

En posición concordante, se ha señalado con acierto por BARRIOS DE ANGELIS <sup>(3)</sup> que "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".

Más recientemente, ADA PELLEGRINI GRINOVER <sup>(4)</sup> remarcando la distinción entre intereses colectivos e intereses difusos ha indicado: "No obstante considerar a ambos meta-individuales, no referibles a un determinado titular, la doctrina designa como "colectivos" a aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y a ellas solamente, cuando exista un vínculo jurídico entre los componentes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales o el propio sindicato dan margen al surgimiento de intereses comunes, nacidos en función de una relación-base que une a los miembros de las respectivas

(2) DE VITA, Anna. "La tutela giurisdizionale degli interesse collettivi nella prospettiva del sistema francese" en "La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato". Milán, Ed. Giuffrè, 1976, p. 350.

(3) BARRIOS DE ANGELIS, Dante. "Defensa judicial de los intereses difusos" en "Introducción al proceso". Montevideo, Ed. Idea, 1980, p. 102.

(4) PELLEGRINI GRINOVER, Áda "Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores" Comunicación presentada en las Xas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 10-15 agosto de 1986, pp. 3-4.

comunidades y que no confundiendo con los intereses estrictamente individuales de cada sujeto, permite su identificación. Por intereses propiamente difusos se entienden aquellos que, no fundándose en un vínculo jurídico se basan sobre datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mutables: como habitar en una misma región, consumir iguales productos, vivir en determinadas circunstancias socio-económicas, someterse a particulares emprendimientos”.

Corresponde destacar que las ideas sustentadas por la destacada procesalista son las que se han plasmado, en definitiva, en el reciente Código brasileño de Defensa del Consumidor de 1990 y respecto del cual, dicha Profesora tuvo la responsabilidad de coordinar los trabajos de la Comisión que preparó el respectivo Anteproyecto, por encargo del Consejo Nacional Brasileño de Defensa del Consumidor <sup>(5)</sup>.

### **2.3. Rasgos que caracterizan a los intereses difusos**

Podemos señalar —con las precisiones que se indicarán— que los rasgos que los singularizan son los siguientes:

#### **1) Desde el punto de vista de los sujetos: supra-individual e indeterminación del titular.**

Con ello queremos indicar que el fenómeno hace referencia a intereses cuya titularidad corresponde a una comunidad de personas que es indeterminada, o que, por lo menos, no es determinable desde un punto de vista práctico.

Esa comunidad de personas pueden: o bien no tener un vínculo jurídico que las aglutine, o éste, puede ser extremadamente genérico, como la circunstancia de pertenecer a una misma comunidad política, o vincularse a circunstancias de hecho muchas veces accidentales o mudables, como ocurre, por ejemplo, respecto de los habitantes de una región perjudicados por la polución emanada de un establecimiento industrial de la zona, o los consumidores de cierto producto engañados respecto a las bondades publicitadas del mismo.

(5) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “O novo processo brasileiro do consumidor” RUDP 1/1991 pp. 9-19.

Un caso interesante —respecto de este punto— fue el planteado ante los órganos jurisdiccionales uruguayos con motivo de la acción de amparo promovida por jubilados y pensionistas que con pasividades inferiores a dos salarios mínimos, reclamaban la aplicación del artículo 7 de la Ley N°. 15900.

La referida normal legal establecía que determinados fondos públicos debían ser destinados a la construcción de viviendas para pasivos.

Las soluciones jurisdiccionales en este punto no fueron coincidentes.

La sentencia de primera instancia <sup>(6)</sup> al analizar el tema de la legitimación activa llegó a la conclusión de que se trataba de una hipótesis de intereses difusos y lo hacía en estos términos:

“Considerando I. (La legitimación activa)

La primera cuestión jurídica que plantea esta litis es la legitimación de los accionantes. Si la respuesta clásica a la pregunta de quién o quiénes son los titulares de la relación jurídica sustancial resuelve generalmente esta cuestión, en el caso la dificultad estriba en que la lesión jurídica que motiva el accionamiento o si se prefiere, la insatisfacción del interés jurídicamente protegido, no es propiamente un derecho subjetivo concreto, individualizable en una o varias personas determinadas, sino que, antes bien, es un interés difuso, concepto sobre el cual existen recientes investigaciones en la Doctrina y que ha sido reconocido de modo expreso por el Código General del Proceso (artículo 42).

El interés difuso se caracteriza por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo 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 (Barrios de Angelis, Defensa Judicial de los Intereses Difusos, en LJU, t. 81. pág. 282). Como ha dicho una conocida jurista brasileña, ADA PELLEGRINI, los intereses difusos se caracterizan por su meta-individualidad. Se trata —dice— de intereses

(6) Sentencia N°. 112 del 5 de mayo de 1989 del Dr. Alberto Alonso LIARD, titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 7°. Turno en autos caratulados “COSSIO, Valentini y otros c/Banco Hipotecario del Uruguay y otros” Amparo FICHA A/92/89.

comunes a una colectividad que no reposan necesariamente en una relación-base, sobre un vínculo jurídico que las congrega (RUDP, 1977/3-4, pág. 12).

Y bien, este es el caso de autos. Los interesados en la construcción de viviendas son un número indeterminado de personas, que carece de límites precisos. Probablemente, se pueda saber en este instante las personas que integran el grupo afectado, pero ese grupo, de elevado número pues son varios de miles, varía constantemente. Pero además no sería posible saber quiénes son los beneficiarios realmente postergados, pues se trata de la distribución de un bien limitado y no se conocen los criterios o prioridades de dicha distribución, puesto que aún no se ha dictado la reglamentación correspondiente".

La sentencia de segunda instancia <sup>(7)</sup> por su parte indicó: en primer lugar, que la legitimación de los accionantes no aparecería como dudosa por cuanto habían demostrado poseer estas dos cualidades: a) la de contribuyentes del tributo (impuesto) creado por el artículo 25 del Decreto-Ley 15294; b) la de pasivos con remuneración inferior a dos salarios mínimos nacionales (artículo 7 Ley 15900). En segundo término, que no consideraba necesario ni procedente acudir a la noción de "intereses difusos".

A diferencia de lo sustentado por la sentencia de primera instancia, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil consideró: "...que no puede parificarse la situación de quien acciona preventivamente en defensa de los bienes de valor artístico, estético, histórico o turístico, del consumo, del medio ambiente, etc., respecto de la de quien moviliza una pretensión de amparo en base a —por lo menos— un interés directo y legítimo en el destino de fondos a cuya conformación contribuye, con afectación especial a un fin que lo cuenta como beneficiario virtual. El mero hecho de que exista pluralidad de accionantes e interés confluyente en el proceso, resulta insuficiente para postular un supuesto de ejercicio de intereses difusos o colectivos".

Y agregaba el Tribunal la siguiente e importante conclusión: "La distinción es relevante en atención a la diferente proyección de la cosa juzgada, a la diversa extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia".

(7) Sentencia N°. 158 del 12 de junio de 1989 dictada en Segunda Instancia por el Tribunal de Apelaciones en lo civil de 6°. Turno (redactada por el Ministro Dr. Víctor H. Bermúdez).

## II) Con relación al objeto.

En cuanto a este tema existen discrepancias notorias en la doctrina procesal, la que se ha ocupado en profundidad del punto.

Así, BARBOSA MOREIRA <sup>(8)</sup> afirma que: "...la indivisibilidad del objeto es, precisamente, una de las características esenciales de la estructura de los intereses difusos, cuyos titulares se hallan 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 colectividad".

En el mismo sentido se pronuncia LINO PALACIO <sup>(9)</sup> que señala que: "objetivamente, los intereses de que se trata se refieren a un bien indivisible, en el sentido de que es insusceptible de división en fracciones adjudicables a cada uno de los interesados" y VIERA <sup>(10)</sup> que indica que los intereses difusos se caracterizan desde el punto de vista material por ser objeto indivisible, inescindible, no fraccionable".

PELLEGRINI GRINOVER <sup>(11)</sup>, en cambio, estima: "...que debe ser revisada la afirmación que lo considera en cualquier caso como un bien de naturaleza indivisible, por lo que la satisfacción de un sujeto implicaría necesariamente la de todo el grupo, al mismo tiempo que la lesión de uno de los componentes de la colectividad implicaría ofensa a todos sus miembros. Eso puede ser verdadero y lo es, en cuanto al bien colectivamente considerado, tanto es así, que la doctrina brasileña había propuesto, que se aplicase a esta materia la disciplina del Código Civil y del Código del Proceso Civil sobre las obligaciones indivisibles, de modo de conferir legitimación concurrente a cada cointeresado. Mas cuando se piensa en el perjuicio causado al bien colectivo, resulta claramente que la lesión a ese bien puede significar simultáneamente, una ofensa al

(8) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La protección jurisdiccional de los intereses difusos. Evolución reciente en el derecho brasileño". RUDP N°. 4/85 pp. 353-357, en especial p. 356.

(9) PALACIO, Lino "La protección jurisdiccional de los intereses difusos". La ley (actualidad) 10/noviembre/1987. Conferencia pronunciada al incorporarse como Miembro a la Academia Nacional argentina de Derecho y Ciencias Sociales.

(10) VIERA, Luis A. "Los intereses difusos y la garantía del amparo" Vas. Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal. Colonia del Sacramento, Uruguay, 19-22 abril 1989.

(11) PELLEGRINI GRINOVER, Ada, ob. cit., pp. 5-6.

bien colectivamente considerado (derecho al ambiente, a la salud colectiva, a la información correcta) y lesión a los diversos bienes de que son personalmente titulares los componentes del grupo”.

**III) En atención a los conflictos que la violación de los intereses difusos puede generar.**

Las lesiones a los intereses difusos pueden originar conflictos supra-individuales de índole material y social muy importantes, razón por la cual tanto los ordenamientos jurídicos nacionales como el sistema jurídico internacional, deben hacer los máximos esfuerzos para prevenirlos y evitarlos.

Es menester poner de relieve —como un hecho auspicioso para el futuro próximo— que tanto los científicos como los estadistas, y hasta los propios militares están tomando conciencia respecto de la necesidad de eliminar o por lo menos reducir radicalmente todas las armas, tanto las nucleares, las químicas y las biológicas, así como las convencionales, ya que todas ellas son un riesgo para la propia existencia de la vida en el planeta.

Lo propio podríamos decir respecto a las medidas que se están adoptando en defensa del medio ambiente, del equilibrio ecológico, de protección al consumidor o de preservación del patrimonio común de la humanidad en sus valores históricos, culturales, artísticos, etc..

### **3. LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS**

#### **3.1. Precisión previa, las dificultades que se plantean**

El sistema jurídico uruguayo —hasta el advenimiento del Código General del Proceso— había confiado, casi exclusivamente, la protección de los denominados intereses difusos, fundamentalmente a la ley y a la actividad de los órganos de la administración, como elementos ejecutores o fiscalizadores del cumplimiento de aquélla.

En tal sentido, es justo reconocer, que han existido en nuestro país desde hace mucho tiempo, normas relativas a la tutela de los hoy denominados “intereses difusos” y que esas regulaciones han sido, en muchos casos, excelentes y avanzadas para su época.

Ello ocurrió, por ejemplo, con la Ley Orgánica de Salud Pública (Ley 9202 del 12 de enero de 1934) que confió al Ministerio respectivo —artículo

19— la determinación de las condiciones que debían llenar los alimentos puestos en el comercio y las normas que fijaban su calidad y pureza y le otorgó atribuciones —artículo 20— para contralorear y fiscalizar las drogas y todo producto medicamentoso o que se pusiese en el comercio, atribuyéndosele propiedades curativas.

Lo mismo podría expresarse respecto de las numerosas leyes dictadas para la protección de los consumidores, como por ejemplo:

- \* las de contralor de pesas y medidas,
- \* las de fijación del precio de los alimentos y su adecuada información,
- \* las que regulan sobre su calidad, elaboración y distribución,
- \* las de defensa de los interesados respecto a su vivienda, ya sea como propietarios o como arrendatarios, tanto en cuanto a los requisitos que debe cumplir la construcción como con relación a su precio.

Similares consideraciones se podrían manifestar con referencia a las diversas leyes y ordenanzas municipales dirigidas a proteger: la salud y en especial la del trabajador, la de la mujer y la de los menores, el patrimonio artístico, edilicio y cultural nacional (Ley 14040), el suelo y las aguas (Ley 13667 y Decreto-Ley 14859), los bosques (Ley 13723), el medio ambiente (Decreto-Ley 14859 artículo 144), etc..

No obstante la loable preocupación demostrada por el legislador uruguayo, podemos señalar las siguientes críticas:

- a) Las soluciones que la normativa uruguaya proporciona son todas ellas fragmentarias, careciéndose de textos legales que encaren la problemática de la defensa de los intereses difusos en su globalidad.
- b) Se ha confiado —en nuestra opinión con exceso— dicha tutela a órganos administrativos y no se habían previsto soluciones sustitutivas para el caso de que aquellos no actuasen o lo hiciesen en forma inadecuada.
- c) No se había estructurado como solución alternativa la jurisdiccional y como consecuencia no estaban resueltos los principales problemas que se plantean al respecto como la legitimación para accionar, los poderes del juez y los límites de la cosa juzgada.

La entrada en vigencia el 20 de noviembre de 1989 del Código General del Proceso —cuyas normas en este punto son idénticas a las del Proyecto de Código Modelo para el Proceso Civil— significó un avance importante en cada uno de estos temas como lo veremos más adelante.

### **3.2. Las soluciones en el derecho comparado**

#### **3.2.1. Respeto de la legitimación activa**

Resulta indudable que mantener la legitimación activa dentro de los límites tradicionales del titular del derecho subjetivo o del titular del interés legítimo, personal o directo, significaría, en definitiva, no dar una respuesta adecuada a la problemática de los intereses difusos.

Es por ello que en el derecho comparado se ha propiciado su ampliación y se la ha procurado fundamentalmente a través de tres tipos de soluciones a saber:

a) **La solución publicista.** Ella confía la defensa de los intereses difusos a un órgano público, ya sea el Ministerio Público, tradicional defensor de los intereses de la sociedad, o a órganos especializados de creación más reciente como el "Ombudsman" que originariamente sueco, luego se difunde a diversos países <sup>(12)</sup>, el Comisionado Parlamentario inglés, el "Mediateur" francés, el Defensor del pueblo español, la "Consumer Protection Agency" norteamericana.

Ya hemos manifestado <sup>(13)</sup> y reiteramos aquí, que no consideramos suficiente tutela la que pueda brindar el Ministerio Público, por lo menos tal como está organizado en nuestro país.

(12) Bibliografía sobre el tema: "The swedish institution of ombudsman" Ibrahim al Wahab. Stockholm 1979. "The swedish parliamentary ombudsman". Stockholm 1980. Informe por el período 1°. de julio de 1979 al 30 de junio de 1980. Publicación del Instituto Sueco de abril de 1981 sobre el "Ombudsman". "El Ombudsman y sus posibilidades en España y países iberoamericanos" con abundante bibliografía. FAIREN GUILLEN, Víctor. RUDP N°. 3/79. "Estudio genético funcional del Ombudsman". BARRIOS DE ANGELIS, Dante. RUDP N°. 3/80 y nuestro estudio sobre el mismo en "Legitimación para la defensa de los intereses difusos" RUDP N°. 4/8°. pp. 350-364. Más recientemente: GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "El defensor del pueblo" (Ombudsman). Ediar, Buenos Aires, 1989.

(13) LANDONI SOSA, Angel. "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", p. 358.

Respecto del mismo, tampoco seríamos partidarios de acordarle estos cometidos en el futuro, pues la experiencia enseña que las rutinas ya existentes en dicho organismo, así como la burocratización de sus funcionarios auxiliares, hacen poco probable que puedan ser abandonadas dichas prácticas, para encarar en el corto plazo, en forma rápida y eficiente, las nuevas exigencias que le planteará la tutela de los intereses difusos.

Similares preocupaciones a las enunciadas, habían sido ya señaladas por la doctrina a través de dos calificadísimos autores como CAPPELLETTI<sup>(14)</sup> y MORELLO<sup>(15)</sup>. Sin embargo, BARBOSA MOREIRA<sup>(16)</sup> con su singular agudeza a subrayado que: "Es evidente que la respuesta dependerá de la posición del órgano en la estructura político-jurídica del país, de su grado de autonomía frente a los poderes estatales y a los grupos de presión, de su propia organización interna y de muchas otras circunstancias sumamente variables en el tiempo y en el espacio. Descartar en principio la posibilidad de su actuación sería a nuestro juicio una actitud injustificablemente apriorística. Lo que sí importa es proveer al órgano de los medios para el ejercicio eficaz de sus atribuciones, y en primer término asegurarle la necesaria independencia funcional".

No obstante la autorizada opinión del estimado profesor brasileño, considero que si en el tema lo que se desea es obtener resultados, rápidamente, necesariamente deberá acudir a las otras soluciones que nos ofrece el derecho comparado e ir directamente a la creación de órganos públicos especializados con tal competencia específica.

En tal sentido, nos parece muy interesante la experiencia sueca sobre todo en la protección de los intereses de los consumidores a través de los ombudsmen antitrust y del consumidor.

(14) CAPPELLETTI, Mauro. "The role of the *Ministere Public*, the *Prokuratura* and the *Attorney General* in *Civil Litigation*, in *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*", Milano-New York, 1975. pp. 32 y ss., *Formazioni sociali e interessi dei gruppo davanti alla giustizia Civile*, Riv. Dir. Processuale v. XXX, 1975, pp. 374 y ss..

(15) MORELLO, Augusto M. en "Legitimación procesal de los colegios profesionales de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos". *Jurisprudencia Argentina* 11 de febrero de 1981 N°. 5189, p. 8.

(16) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La protección jurisdiccional de los intereses difusos". *Evolución reciente en el derecho brasileño*, ob. cit., p. 355.

b) **La tutela de los intereses difusos a través de órganos sociales intermedios.** En razón de la insuficiencia de los órganos gubernamentales para efectivizar la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, se han esbozado en diversos países soluciones mixtas, articuladas y flexibles, consistentes en general en la complementación de la acción y del control de los órganos públicos con la iniciativa de los individuos y grupos interesados.

Así ocurre en Suecia, donde además del Ombudsman del consumidor también tienen legitimación para actuar las asociaciones de consumidores.

Lo mismo sucede en Francia, donde la Ley Royer del 27 de diciembre de 1973, no se limita a legitimar a las asociaciones de consumidores, con relación a los hechos que perjudiquen directa o indirectamente al interés colectivo de los consumidores, sino que, además, instituye una serie de contralores para prevenir los posibles abusos, confiando estos controles en parte al Ministerio Público.

El artículo 46 de la referida Ley Royer, configuró la legitimación activa en la siguiente forma: "Las asociaciones regularmente declaradas como teniendo expreso objeto estatutario la defensa de los intereses de los consumidores, si son autorizadas a tal fin, pueden ejercitar ante cualquier jurisdicción las acciones civiles relacionadas con los hechos que ocasionen un perjuicio directo o indirecto a los consumidores".

Por su parte en Alemania <sup>(17)</sup> la ley sobre condiciones generales de los contratos, del 9 de diciembre de 1976, estableció fundamentalmente dos medidas de carácter procesal:

1. Reconoce a las asociaciones de consumidores, que reúnan ciertos requisitos, legitimación activa para interponer una acción contra los empresarios que hayan utilizado en sus contratos cláusulas que la ley declara ineficaces (artículo 9) como las "...que perjudiquen de manera desproporcionada al consumidor y sean contrarias a la buena fe"; o aquellas cuya inserción en principio, sea ineficaz o inoponible, pero respecto de las cuales y analizadas las circunstancias del caso el Juez puede determinar si revisten o no carácter ilícito (artículo 10); o aquellas que la ley detalla en su artículo 11 que son radicalmente nulas y que en ninguna hipótesis podrán ser válidamente insertas en un contrato, como lo es la de "exclusión de responsabilidad en caso de dolo y culpa grave".

(17) MORELLO, Augusto M. ob. cit., pp. 7-8.

2. Dispone que la sentencia puede extender sus efectos más allá del caso concreto y beneficiar a los restantes consumidores. Con la finalidad de asegurar una adecuada información a los interesados se puede disponer asimismo la publicación de la sentencia.

En el mismo sentido de consagrar soluciones mixtas, se ha inclinado la ley brasileña N°. 7347 del 24 de julio de 1985, la que en su artículo 5 otorga la legitimación activa al Ministerio Público, al Estado Federal, a los Estados-Miembros, a los Municipios y a determinados entes que para nosotros integrarían la administración descentralizada del Estado (entes autárquicos, empresas públicas, fundaciones y sociedades de economía mixta) y asociaciones privadas a las que exige:

1. Que hayan sido constituidas conforme a la ley civil, hace por lo menos un año.

2. Que incluyan entre sus finalidades institucionales la protección al medio ambiente, al consumidor, al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico.

El legislador brasileño con buen criterio no se ha limitado a una única solución, sino que ha dejado abierto el abanico de posibilidades, ya que todas ellas tienen sus ventajas e inconvenientes y por ello no deben excluirse recíprocamente, sino que, por el contrario, deben complementarse.

PELLEGRINI GRINOVER<sup>(18)</sup>, empero, critica la previsión de la ley brasileña relativa a las asociaciones privadas, señalando como peligroso que no se les haya exigido la "representatividad adecuada" pero la atempera indicando que: "...la ley prevé en cualquier caso la intervención del Ministerio Público aún cuando sea como mero "custodio de la ley", con lo que se atenúan, al menos en parte, los riesgos de la falta de una "representatividad adecuada".

Similar advertencia ha formulado LINO PALACIO<sup>(19)</sup> quien considera que: "...en ánimo de evitar verdaderas aventuras judiciales a las que

(18) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Ações para a tutela do ambiente e dos consumidores", ob. cit. pp. 9-10.

(19) PALACIO, Lino. "La protección jurisdiccional de los intereses difusos", ob. cit., p. 3.

puede prestarse este tipo de pretensiones y en resguardo, asimismo, del orden judicial, resulta menester instituir los mecanismos adecuados orientados a asegurar la adecuada representatividad de la asociación de que se trate”.

c) **La defensa de los intereses difusos por un particular interesado.** La restante solución consiste en reconocer la legitimación de un particular para actuar en “representación” del grupo titular de los intereses difusos. Así, por ejemplo, se admitiría <sup>(20)</sup> “...la acción de un consumidor en defensa del interés difuso de todos los consumidores en idéntica situación o de un particular en defensa del medio ambiente contra quien produce contaminación en el mismo, perjudicando el interés general”.

En Estados Unidos la defensa de los intereses difusos por un particular adquirió proporciones importantes en el campo ambiental después de que se dictara la “National Environmental Policy Act”.

Dicha norma tuvo dos aspectos destacables: por un lado, declaró en forma programática la preeminente relevancia del problema de la salvaguardia del ambiente; y por otro, concretó el principio a través de la imposición a todas las Federal Agencies de una disciplina idónea a garantizar, al menos formalmente el respeto del contralor nacional del medio ambiente.

La previsión programática de dicha ley “El Congreso reconoce que cada persona debería gozar de un medio ambiente saludable...”, ha sido vista por la Corte como apta para crear el derecho de cada individuo a un ambiente sano y agradable, el derecho, en suma, a una cierta calidad de la vida y por consiguiente al otorgamiento de la correspondiente legitimación para su defensa, ya que de la circunstancia de que los intereses sobre el ambiente sean atribuidos a muchos más bien que a pocos, no puede inferirse que ellos sean menos merecedores de protección”.

Según ZANUTTIGH <sup>(21)</sup> en la experiencia norteamericana, la legitimación del individuo o de los grupos como los mejores fiscales para la defensa de los intereses difusos, está basada, no sólo en las razones de orden

(20) VESCOVI, Enrique. “El Ministerio Público y la tutela de los intereses difusos en el proceso civil”, RUDP N°. 2/76 pp. 69-88.

(21) ZANUTTIGH, Loriana, ob. cit., pp. 411-415.

práctico que indican a los mismos como los portadores más idóneos de los referidos intereses, sino que además se fundamenta en que los mismos por su colocación en el medio social armonizan con el sistema democrático reabsorbiendo y racionalizando situaciones potencialmente explosivas.

Como etapa última, de la evolución norteamericana, se llega a las denominadas "class actions", cuyos rasgos singularizantes son:

- a) Presuponen un objeto del juicio con límites más amplios que aquellos que se podrían inferir de la situación subjetiva propia del actor.
- b) Basándose en la ficción de la participación en el juicio de todas las partes potenciales, la decisión tiene efecto vinculante respecto de todos los pertenecientes a la clase.

Con la finalidad de encontrar instrumentos más idóneos para resolver los problemas y los riesgos de una legitimación difusa, se han creado al lado de las "consumer class action" las "environmentalist class action", lo cual ha contribuido al hábito mental de pensar el problema de los intereses difusos en términos de peticiones de clase ("class suit").

El tema de la "representatividad adecuada" también se plantea en este tipo de acciones, pues ellas le imponen al juez, en cada caso particular, el deber de examinar si el actor —denominado class suitor— es integrante del grupo portador del interés colectivo correspondiente y si propone a la consideración de la justicia la decisión de un tema que sea efectivamente común a todos los integrantes de ese grupo. El referido análisis se ha traducido en la práctica en los países anglosajones en considerables dilaciones procesales.

Otro ejemplo de este tipo de solución es la acción popular consagrada en el artículo 5 literal LXXIII de la Constitución brasileña de 1988 —que reitera el texto del artículo 153 de la Constitución anteriormente vigente y que había sido desarrollada en la Ley 4717 del 29 de junio de 1965<sup>(22)</sup>. La mencionada ley en su artículo 1 otorgó legitimación a cual-

(22) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados "interesses difusos" en Temas de Dir. Processual, Ed. Saravia São Paulo, 1977, pp. 110 y ss. y en "Studi in onore di Enrico Tullio Liebman". Ed. Giuffrè 1979 v. IV pág. 2673-2692 y también en "A proteção jurídica dos interesses coletivos" en Rev. Brasileira de Direito Processual, v. 24 pp. 13-24, setiembre de 1980.

quier ciudadano, para solicitar la anulación o declaración de nulidad de actos lesivos contra el patrimonio de la Unión, Distrito Federal, Estados, Municipios, entidades autárquicas, etc..

En el numeral 1º. del referido artículo 1º., se determina que: "Se consideran patrimonio público, para los fines referidos en este artículo, los bienes y derechos de valor económico, artístico, estético, histórico o turístico".

Se ha señalado <sup>(23)</sup> que ha sido este concepto amplio de patrimonio, lo que ha permitido la utilización de la acción popular como una forma de tutela de los intereses difusos, sobre todo para la protección del medio ambiente para la preservación de los valores estéticos e históricos en materia edilicia.

La legitimación no corresponde a todo habitante, sino que está limitada a cualquier ciudadano, es decir, brasileño en el gozo de sus derechos políticos y bastando con la ciudadanía mínima. Se admite el litisconsorcio activo dos o más ciudadanos (artículo 6 Nº. 5).

Las personas jurídicas también carecen, en dicha ley, de legitimación y el Ministerio Público, sólo tiene titularidad para proseguirla en caso de desistimiento del actor (artículo 9), o cuando medie causa de extinción del proceso sin que se juzgue sobre el mérito del asunto, o para interponer recursos contra la decisión desfavorable al actor.

La ley brasileña ha procurado no desestimular al ciudadano en el ejercicio de la acción popular, eliminando el pago anticipado de los gastos del proceso (artículo 10) y estableciendo que en caso de fallo favorable, la sentencia incluirá siempre (artículo 12) en la condena de los reos el pago al actor de las costas y los demás gastos judiciales y extrajudiciales, directamente relacionados con la acción popular y debidamente comprobados, incluyéndose también los honorarios de Abogados.

La jurisprudencia ha resuelto, asimismo, que los honorarios son debidos aunque el acto administrativo haya sido revocado.

(23) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "A tutela jurisdiccional dos interesses difusos". RUDP 3-4/1977, p. 21.

En sentido contrario, el planteamiento temerario de la acción popular es sancionado con el décuplo de las costas y la jurisprudencia más reciente entiende que, en estas hipótesis, el Abogado del actor no tiene derecho a honorarios.

Con posterioridad la ley brasileña 7347 del 24 de julio de 1985 en su artículo 1 estableció que: "Se rigen por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de la acción popular, las acciones de responsabilidad por daños causados: I) al medio ambiente, II) al consumidor, III) a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico".

La citada ley, si bien deja a salvo en su artículo 1 a la acción popular, al regular, en su artículo 5, la legitimación activa no contempló al particular interesado razón por la cual podría caber la duda de si el mismo podría actuar, ya sea por sí sólo o en litisconsorcio con otros titulares del interés difuso.

BARBOSA MOREIRA analizando el punto se ha inclinado por la solución afirmativa basando su tesis en la indivisibilidad del objeto que es, en su opinión, "...una de las características esenciales de la estructura de los intereses difusos" (24).

### **3.2.2. Con referencia al tribunal y a los poderes del juez. La especial importancia de las medidas cautelares.**

En la búsqueda de soluciones, en el derecho comparado se aprecia: que en algunos países, se ha optado por la creación de una justicia especializada, como ocurre, por ejemplo, en Suecia, con el Tribunal de Mercado. En otros, si bien se ha sugerido su establecimiento, ello aún no ha ocurrido, y por fin en otros países se ha propuesto otorgarle amplias facultades a la justicia común —en esta materia— y dotarla de los medios humanos y materiales imprescindibles para realizar una labor eficaz ante la nueva problemática planteada.

La doctrina, empero (25) ha advertido sobre el peligro de que el Juez, en el nuevo rol que le incumbe en la protección de los intereses difusos, pueda eventualmente convertirse en legislador o en administrador.

(24) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La protección jurisdiccional de los intereses difusos. Evolución reciente en el derecho brasileño", ob. cit., p. 356.

(25) ZANUTTIGH, Lorian, ob. cit., p. 438.

Con referencia a los Estados Unidos se ha señalado <sup>(26)</sup> que los conflictos relativos a los intereses difusos ponen en tela de juicio el principio tradicional de la imparcialidad del órgano jurisdiccional, ya que en dichas hipótesis, en ausencia de "standards" ciertos y preestablecidos por el legislador, se corre el riesgo de que el Juez finalice aplicando no los valores claramente expresados, a nivel político, sino sus propios valores, transformándose de árbitro neutral en órgano necesariamente parcial.

El rol del Juez, es necesario remarcar una vez más, debe ser meramente supletivo y no sustitutivo de la voluntad del legislador, pero al mismo tiempo, es menester tener presente que es necesario dotar al Tribunal de los medios necesarios para enfrentar los complejos problemas que le deparará este tipo de conflictos y suministrarle amplios poderes jurídicos, para lograr alcanzar soluciones de justicia.

Dentro de esa amplia gama de poderes jurídicos a confiarle al Juez, ocupan lugar preponderante las facultades a otorgarle en cuanto a la posible adopción de medidas cautelares.

En efecto, en pocas materias como en ésta será posible decir que la demora del proceso implicará en sí misma una injusticia, la que, por otra parte, además será: o bien irreparable, como ocurrirá en la mayoría de los casos, o bien costará muchísimos años volver a la situación existente con anterioridad al evento dañoso.

Pensemos por un instante y seamos conscientes de nuestra impotencia para restablecer el equilibrio ecológico quebrado por un industrial desaprensivo o para reconstruir el patrimonio cultural, histórico o artístico destruido o para devolverle la vida o la salud quebrantada al consumidor de productos alimenticios en mal estado.

Estos pocos ejemplos, de los cuales se podrían enumerar cientos, nos permiten comprender con su elocuencia la imprescindible celeridad con que se deberá actuar en estos procesos si se quiere alcanzar una mínima adecuación entre Justicia y Vida.

La rapidez y eficacia con que se debe actuar en este tipo de situaciones hacen necesario facultar al Juez para que pueda disponer, ya sea,

(26) *Ibidem* p. 439.

las denominadas por algunos autores "medidas cautelares innovativas" <sup>(27)</sup> o las que otros llaman, medidas cautelares provisorias y de carácter anticipativo de la resolución final <sup>(28)</sup>, que nuestro Código General del Proceso ha recogido en su artículo 317.

De ambas posiciones podemos, no obstante, extraer algo común, cual es la necesidad de conferir al Juez la potestad de modificar la situación de hecho existente a los efectos de no frustrar el resultado del proceso.

Para verlo con un ejemplo: si una industria está polucionando el medio ambiente será necesario pedir la adopción de dos tipos de medidas cautelares, a saber: una, que le impida a dicha industria seguir en el futuro y mientras dure el proceso, con su actividad nociva. A esta medida la conocemos como prohibición de innovar y está consagrada en el artículo 316 del C.G.P.

Pero si meramente se dejaran las cosas en ese estado, el medio ambiente podría seguirse deteriorando, tal vez, en forma irreversible, como consecuencia de la contaminación ya producida, por lo que será menester adoptar otra medida también de naturaleza cautelar, pero ésta sí de carácter innovativo —o de carácter anticipativo como la llaman otros autores y el C.G.P. en su artículo 317— cuya finalidad será la de restablecer la situación de hecho al estado inmediato anterior a aquel en que se produjo el evento dañoso, es decir, cuando la industria comenzó su actividad contaminante.

Nos parece oportuno consignar así mismo que la ley brasileña 7347 del 24 de julio de 1985 en sus artículos 4, 5 y 12 otorgó al Juez —para la tutela de los intereses difusos por ella contemplados— la facultad de adoptar medidas cautelares, inclusive en forma liminar, con justificación previa o aún sin ella.

Pero como contrapartida se le otorga al mismo Juez (artículo 14) que adoptó dicha medida o al Tribunal que deberá conocer de los recursos interpuestos, la posibilidad de dejar en suspenso dicha medida cautelar si ella aparejara daño irreparable a la parte o grave lesión al orden, a la salud, a la seguridad, o a la economía pública.

(27) PEYRANO, Jorge "Medida cautelar innovativa". Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

(28) VESCOVI, Enrique. "El proceso cautelar. Discusión científica" RUDP 4/85 pp. 358-372 en especial p. 359.

### 3.2.3. La eficacia de la sentencia. Los límites subjetivos de la cosa juzgada.

El tema ha sido analizado en el ámbito del derecho comparado y así, por ejemplo, en Estados Unidos se ha puesto de relieve la preocupación por otorgarle a la sentencia una eficacia "ultra partes", como forma de evitar el riesgo de la proliferación de procesos sucesivos.

Ello ha sido, posiblemente, el factor determinante del favor demostrado por los tribunales del país del norte para el uso de las "class action" a las que ya nos hemos referido.

Otro de los problemas que también preocupa en el mencionado país <sup>(29)</sup> es el relativo a los límites de los poderes procesales de los titulares del interés difuso, y entre ellos, el de saber hasta qué punto pueden las partes autocomponer extrajudicialmente el litigio. Con mucha incertidumbre se ha aplicado el control por parte de los órganos jurisdiccionales, tanto en las hipótesis de transacción como en los casos de desistimiento procurando en esa forma evitar arbitrarias soluciones privadas en este tipo de litigios que pueden perjudicar los intereses supra-individuales que están en juego.

Según los estudios más recientes <sup>(30)</sup> uno de los puntos cruciales de las "class actions for damages" versa sobre los criterios denominados "opt in" y "opt out". La regla 23, C2 y C3 de la Federal Rules de 1966 prevé expresamente la posibilidad de que se opte por solicitar la exclusión del juicio, en cuyo caso la sentencia no la afectará, siendo alcanzados, en cambio, por la cosa juzgada aquellos que informados de la demanda —de la mejor manera posible según la circunstancia— no hubiesen solicitado su exclusión.

Con relación a este punto debemos poner de relieve que a principios del corriente año se publicó en nuestro país y presumimos que también en toda Latinoamérica, un aviso dirigido a aquellas personas que tuviesen implantadas las válvulas coronarias convexas —cóncavas artificiales Bjork-Shiley. Mediante dicho aviso se les notificaba:

(29) ZANUTTIGH, Lorian, ob. cit., p. 438.

(30) GARTH, Bryant G. "Relato general sobre las acciones de grupo" presentado al XII Congreso de Derecho Comparado realizado en Montreal, agosto de 1990, citado por Ada PELEGRINI en "O novo processo brasileiro do consumidor", ob. cit., p. 12 nota 14.

1. De la propuesta de acuerdo existente en la causa: "Bowling et al. vs/ Shiley Incorporated y Pfizer Inc." que se está tramitando ante el Juez Arthur Spiegel de la Corte del Distrito Sur de Ohio (USA).

2. Que en dicha causa se celebrará una audiencia pública el próximo 5 de junio de 1992 para determinar si el arreglo propuesto es equitativo, adecuado y razonable.

3. Que las bases fundamentales del acuerdo propuesto eran las explicitadas en el aviso.

4. Que las solicitudes de exclusión deberían ser remitidas por correo antes del 22 de mayo de 1992.

5. Que si la persona involucrada en el aviso no se excluía por escrito, estaría comprendida por el arreglo en caso de que éste fuese aprobado y no podría radicar ninguna demanda en el futuro que pudiera estar relacionada con una reclamación cubierta por el arreglo.

Similares inquietudes se habían suscitado en el Brasil, donde las Leyes 4717 de 1965 y 7347 de 1985 habían establecido —en materia de cosa juzgada relativa a intereses difusos— un sistema que siguiendo a la mejor doctrina de dicho país<sup>(31)</sup> podríamos sintetizar en las siguientes hipótesis:

a) La pretensión es acogida. La pretensión pasa en autoridad de cosa juzgada para todos los miembros de la comunidad.

b) La petición es rechazada por falta de fundamentos. También en esta hipótesis los efectos serán "erga omnes", de forma tal que la acción no se podrá volver a intentar, salvo que se invoque otra causa petendi.

c) La acción es desestimada por insuficiencia en la prueba. En este supuesto la sentencia no pasará en autoridad de cosa juzgada y cualquier legitimado —la Ley 4717 lo restringe en las situaciones por ella prevista al ciudadano— podrá volver a intentar la misma acción pero valiéndose de nuevas pruebas.

(31) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados "interesses difusos" ob. cit. p. 2691 y PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores" ob. cit., pp. 13-14.

El sistema brasileño tuvo posteriormente —luego de la vigencia del Código de Defensa del Consumidor Ley 8078 del 11 de septiembre de 1990— modificaciones importantes y de ellas nos ocuparemos más adelante.

#### **4. LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS INTERESES DIFUSOS EN EL PROYECTO DE CODIGO MODELO**

##### **4.1. Advertencia**

Resulta imprescindible poner de relieve que las normas a las que vamos a hacer referencia, con idéntica redacción, se aplican en el Uruguay desde el 20 de noviembre de 1989, fecha en la cual entrara en vigencia el nuevo Código General del Proceso.

##### **4.2. En lo relativo a la legitimación activa**

El artículo 53 del Proyecto establece: “(Representación en caso de intereses difusos).

“En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del Tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido”.

La amplitud de la previsión normativa, en cuanto hace referencia a las cuestiones que: “...en general pertenezcan a un grupo indeterminado de personas...” posibilita que, dentro de ella, queden comprendidos toda clase de intereses difusos.

Por consiguiente, los titulares de la acción serán:

- El Ministerio Público
- Cualquier interesado
- Las instituciones o asociaciones de interés social, que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

#### **4.2.1. El ministerio público**

Esta institución que en algunos países de Iberoamérica (Brasil, por ejemplo) ha dado buenos resultados en la defensa de los intereses difusos, no creemos que sea la solución adecuada para todos ellos, por lo menos en el corto plazo.

En el sentido apuntado consideramos que la propia naturaleza de los intereses difusos, así como su extensión y heterogeneidad, determinan que el Ministerio Público tenga notorias limitaciones para asumir, en forma idónea, la tutela jurisdiccional de aquéllos.

En efecto, para lograr que el Ministerio Público pudiese actuar en forma medianamente eficiente sería necesario: modificar su estructura actual creando dentro de él órganos especializados, dotarlo de los medios humanos y materiales imprescindibles de los que hoy carece, y, además, realizar simultáneamente un intenso proceso educativo que permita generar una nueva cultura entre sus agentes, que les adecúe a las exigencias que esta nueva problemática hoy plantea.

Por las razones expuestas, estimamos como una solución más adecuada la de establecer otro órgano público, distinto al Ministerio Público y similar al ombudsman o al defensor del pueblo, con el expreso cometido de tutelar dichos intereses.

#### **4.2.2. Cualquier interesado como titular de la acción**

Si bien estimamos como correcta la solución del proyecto de otorgar legitimación activa a cualquier interesado, no podemos dejar de señalar que será poco probable que ello ocurra en la realidad, por las siguientes circunstancias:

a) En primer lugar, porque será muy difícil que un individuo pueda hacerse cargo, sólo, de la especial complejidad de las cuestiones a dilucidar con los gastos consiguientes que ello le aparejará, tanto procesales como extraprocesales.

b) En segundo lugar, porque se verá enfrentado ya sea con empresas de mayor poderío económico o bien con el propio Estado, que al poder económico sumará su poder político.

c) En tercer lugar, porque las condicionantes referidas, actuando en forma conjunta o separadamente, colocarán al individuo interesado

—por regla general— en una situación de natural inferioridad que le hará desistir, anticipadamente, de iniciar cualquier acción judicial dirigida a la defensa de un interés difuso.

**4.2.3. Las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.**

**I) Introducción.**

Para desentrañar el significado de las expresiones normativas poco nos aporta la "Exposición de Motivos" del Proyecto.

En efecto, en ella tan sólo se señala que "...atendiendo a los requerimientos de una pronta y adecuada solución, se establece una específica normativa en materia de legitimación en los casos de los llamados intereses difusos (artículo 53), que es complementada en el capítulo que trata de la eficacia de la sentencia (artículo 194) con una solución recogida del moderno ordenamiento procesal brasileño" (32).

**II) Las referidas instituciones o asociaciones deben ser personas jurídicas?**

En nuestra opinión, dos interpretaciones son posibles:

a) La primera, que propugnamos, sostiene que los autores del proyecto utilizaron dichas expresiones para señalar la distinta naturaleza y el distinto sustrato que puede servir de soporte a la persona jurídica que va a representar los intereses difusos comprometidos.

En efecto, a nuestro modo de ver, el proyecto tomó en consideración que esa persona jurídica podía ser o bien una entidad pública (estatal o paraestatal) o bien una entidad privada y en este último caso podría ser tanto una asociación como una fundación, pero en ningún momento se prescindió del requisito de la personería jurídica del representante del interés difuso.

Nuestra posición se refuerza si se tiene presente:

(32) Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica. Edición del Ministerio de Justicia de España. Madrid, 1990, p. 74.

a) Que la "Exposición de Motivos" del proyecto de Código Modelo se remite a la legislación brasileña como su fuente inspiradora.

b) Que los autores del proyecto <sup>(33)</sup> conocían perfectamente la ley brasileña 7347 de 24 de julio de 1985, no sólo en su texto sino también a través de los excelentes aportes de la doctrina procesal brasileña, fundamentalmente de BARBOSA MOREIRA y de PELLEGRINI GRINOVER <sup>(34)</sup>.

c) Que la referida ley que dejó vigente la acción popular consagrada por la Ley 4717 de 29 de junio de 1965, reguló las acciones de responsabilidad por daños causados: I) al medio ambiente; II) al consumidor; III) a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico.

Que la reiteradamente citada Ley 7347 cuando en su artículo 5 prevé la legitimación, establece que la acción podrá ser propuesta por el Ministerio Público, por la Unión, por los diversos Estados o Municipios. Prevé que podrá asimismo ser deducida por entes autárquicos, empresas públicas, fundaciones, sociedades de economía mixta y también contempla a las asociaciones, pero con estas exigencias:

—Deberá estar constituida con una antigüedad de por lo menos 1 año.

—Deberá haber incluido entre sus finalidades institucionales la protección al medio ambiente, al consumidor, al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico.

Corresponde señalar, por último, que la ley brasileña N°. 8078 de 11 de septiembre de 1990 que consagró el Código de Defensa del Consumidor, modificó en algo lo antes expresado pues en su artículo 113 agregó al artículo 5 de la Ley 7347 el numeral 4°. que establece: "El requisito de la pre-constitución podrá 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".

(33) Los autores del proyecto son los destacados juristas uruguayos Profesores GELSI BIDART, VESCOVI y TORELLO.

(34) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La protección jurisdiccional de los intereses difusos. Evolución reciente en el derecho brasileño" RUDP 4/1985 pp. 353-357 y PELLEGRINI GRINOVER, Ada "Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores" ob. cit..

Destacamos que la ley anterior exigía la pre-constitución con una antigüedad mínima de un año, de la que ahora el Tribunal podrá dispensar, en aquellas hipótesis previstas por la ley, pero creemos, no obstante, que aún se sigue exigiendo la existencia jurídica de la asociación.

B. La segunda interpretación posible, consistiría en englobar dentro del concepto "institución" a todo conglomerado humano, aglutinado alrededor de una idea y en la búsqueda de un fin determinado.

Con esta interpretación se otorgaría legitimación a las numerosas Comisiones Vecinales, Ligas de Fomento, Ligas de Defensa del Medio Ambiente o de Defensa del Patrimonio Histórico, Cultural o Artístico existentes o a crearse, aún cuando ellas no tuvieran aún personería jurídica, por carecer del reconocimiento estatal.

Esta tesis ha sido sostenida en el Uruguay por VIERA<sup>(35)</sup> quien afirma que: "En su propósito de facilitar el acceso a la justicia de los cuerpos intermedios para la tutela de los intereses difusos, el Código no se ha preocupado de si tienen o no tienen personería jurídica. Por eso se la atribuye a aquellas que "por la ley o a juicio del tribunal garanticen la adecuada defensa del interés comprometido". Puede así ocurrir que se constituya una organización para resolver un problema concreto, por ejemplo el relativo a la contaminación de las aguas de un arroyo o un río por desechos de industrias ribereñas. Si demuestran seriedad —dice VIERA— no es posible negarles a mi juicio, legitimación para actuar".

No coincidimos en este punto con el distinguido procesalista y entrañable amigo, porque consideramos que la primera interpretación es más acorde con la sistemática del proyecto y en cuanto a facilitar el acceso a la justicia a aquellos "agrupamientos humanos sin personería jurídica" creemos que ellos están contemplados adecuadamente en la hipótesis normativa de "cualquier interesado", la que en nuestra opinión comprende en su alcance a aquellos supuestos en que los interesados sean varios.

### **III) ¿Qué significa que esas instituciones o asociaciones deban ser de interés social?**

En nuestra opinión, como el propio Diccionario de la Real Academia lo indica, social es: "...perteneciente o relativo a la sociedad..." y lo que

(35) VIERA, Luis A. "Los intereses difusos y el amparo" ob. cit., p. 206.

los proyectistas han querido indicar con dichas expresiones, es que las personas jurídicas (instituciones o asociaciones) deben de haberse constituido con un fin social específico vinculado con los intereses a tutelar.

La ley brasileña 7347 de 24 de julio de 1985 —como ya lo hemos señalado— establece en su artículo 5 que las asociaciones privadas para tener legitimación deben incluir entre sus finalidades institucionales la protección al medio ambiente, al consumidor o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico.

El proyecto de Código, en solución que compartimos, en vez de ejemplificar como lo ha hecho la ley brasileña, ha preferido utilizar una expresión genérica, la de “interés social” con la cual comprende no sólo a las situaciones previstas por la ley referida, sino también a todas aquellas otras hipótesis que se pudiesen plantear en el futuro, con un interés difuso a proteger.

La senda trazada por el Código Modelo es la que también comienza a recorrer la legislación brasileña, ya que en el reciente Código del Consumidor (1990) se modificó por su artículo 111 la redacción del transcritto artículo 5 de la Ley 7347, manteniéndose las previsiones específicas, pero agregándosele la genérica “o cualquier otro interés difuso o colectivo”.

#### **IV) La garantía de la adecuada defensa del interés comprometido.**

Como lo señala ADA PELLEGRINI GRINOVER <sup>(36)</sup> “El sistema brasileño no escogió el camino del control judicial de la representatividad adecuada satisfaciéndose con el criterio de la existencia legal y de la preconstitución de las asociaciones legitimadas para las acciones colectivas. Fue ese el camino trazado por la denominada Ley de Acción Civil Pública (Ley N°. 7347 de 24 de julio de 1985) que sería luego incorporado por la Constitución en lo relativo al “mandado de segurança colectivo” (inc. LXX línea “b” del artículo 5 Const. 1988) y ahora adoptado por el Código de Defensa del Consumidor (artículo 82, IV)”.

El proyecto de Código Modelo, en cambio, se aparta en este punto de los antecedentes brasileños, pues la garantía de una adecuada defensa del interés comprometido puede resultar, conforme al artículo 53, tanto de la ley, que la podría presumir en hipótesis semejantes a las contem-

(36) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “*O novo Processo...*” ob. cit., p. 16.

pladas por la ley brasileña, así como del juicio que el propio tribunal emita ante la situación concreta planteada. Así, por ejemplo, si la institución o asociación hubiese contemplado en sus estatutos o en el acta de fundación la defensa del interés difuso en cuestión y si a ello se uniese una vasta trayectoria en la defensa de dichos intereses, nos parece claro que no habrá, en dicha hipótesis, dificultad alguna en reconocerle la legitimación que invoca.

Para el supuesto de que ello no ocurriese así, la asociación o institución accionante deberá acreditar tales extremos, con la finalidad de que el tribunal pueda emitir un juicio favorable respecto de su legitimación, a saber:

- a) Que es titular o representante del interés difuso a tutelar.
- b) Que ese interés es común al grupo que representa.
- c) Que por su especialización en el tema (idoneidad técnica) y por su idoneidad moral garantiza una adecuada defensa del interés comprometido.

**V) Oportunidad en que se apreciará el referido presupuesto de admisibilidad.**

El proyecto prevé que dicho análisis deberá realizarse al controlar la admisibilidad de la demanda (artículo 112), pudiendo el tribunal rechazarla, si ella es, en forma ostensible, manifiestamente improponible (artículo 112.2). Pero dicho control también deberá ejercitarse en la audiencia preliminar (artículo 301 N.º 5), luego de que el demandado haya presentado su contestación, con la que deberá haber opuesto las excepciones que tuviera, entre las cuales puede, eventualmente, haber incluido la excepción previa del artículo 123 N.º 9 "La falta de legitimación o interés, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda".

Si la falta de legitimación o de interés del actor no es manifiesta, no se podrá acoger dicha excepción en la audiencia preliminar y deberá esperarse al pronunciamiento que al respecto se hará por el tribunal en la sentencia definitiva.

Resulta oportuno destacar en este momento la importancia que puede revestir la actuación del Ministerio Público en este tipo de procesos, ya que podrá intervenir en ellos como parte principal (artículos 37

y 53) si es quien deduce la acción; como tercero, en cuyo caso su intervención consistirá en ser oído, en realizar actividad probatoria y en deducir los recursos que correspondan (artículo 39.2.). Por último, aun cuando no haya intervenido ni como parte ni como tercero, podría ser llamado como dictaminante técnico, auxiliar del tribunal, cuando éste le solicite opinión sobre aquellos puntos de derecho que puedan ser cuestionables (artículo 40.3).

Nos parece claro, de que si existieren dudas respecto de si la institución o asociación de interés social está en condiciones de garantizar o no una adecuada defensa del interés comprometido, el tribunal está facultado para solicitarle al Ministerio Público que se expida al respecto en su calidad de dictaminante técnico, auxiliar del tribunal (artículo 40.3.).

El tema tiene particular importancia por las consecuencias que ello aparejará al momento de determinarse la eficacia de la sentencia y el tribunal deberá ser extremadamente cuidadoso, debiendo impedir —conforme al principio de lealtad y buena fe consagrado en el artículo 5— el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

#### **4.3. Acerca de las facultades del Tribunal**

El Proyecto —como lo han señalado reiteradamente sus autores y como resulta de varias de sus disposiciones, especialmente de su artículo 33— ha acentuado las facultades del tribunal, de manera tal que el Juez pueda actuar como el efectivo director del proceso.

##### **1) Respecto de las medidas cautelares.**

En la tutela de los intereses difusos adquiere singular relevancia lo referente a las medidas cautelares. Como ya lo expresáramos —supra 3.2.2.— el proyecto prevé como medidas cautelares: no sólo la prohibición de innovar (artículo 279), sino también aquellas otras que en el artículo 280 denomina “provisionales y anticipativas” y que tienden a “...evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

Así, por ejemplo, en la hipótesis de que una industria hubiese lanzado al mercado un producto defectuoso que pudiese aparejar riesgos graves para la salud, por la vía de la prohibición de innovar el órgano jurisdiccional

podría disponer la cautela de que la empresa no librase más a la venta dicho producto hasta que se dicte la sentencia definitiva. Pero esa medida podría resultar claramente insuficiente para tutelar a los eventuales consumidores futuros del producto, supuestamente nocivo o con fallas y que ya está a la venta en los comercios.

Para cubrir ese riesgo de una eventual lesión grave o de difícil reparación, el proyecto en su artículo 280 faculta al Tribunal para disponer, además de la medida cautelar, antes mencionada, otra de naturaleza anticipativa que podría consistir, por ejemplo, en ordenarle a la empresa que recoja del mercado todos los ejemplares que hubiese puesto a la venta del producto supuestamente nocivo o defectuoso.

Señalamos, además, que el proyecto de Código, en su artículo 276, le ha otorgado al Tribunal amplias facultades respecto a la apreciación de la necesidad de la medida cautelar, así como en cuanto a fijar su alcance y término de duración, pudiendo disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

### **II) Con referencia a la prueba.**

Si bien el proyecto de Código Modelo reitera, en su artículo 1º., la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil, existen diversas normas que lo atenúan en forma significativa.

La primera surge del artículo 33 que establece en su numeral 4: "El Tribunal está facultado para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes".

En esta norma se ha basado la doctrina y la jurisprudencia uruguaya para sostener que el nuevo Código General del Proceso —reiteramos de redacción idéntica al Código Modelo— busca la verdad material y no la formal y que ha llevado al Profesor GELSI BIDART a afirmar que la verdad es una sola y es la que con su actividad deben procurar se alcance en el proceso todos los sujetos que en él intervienen, como forma de realizar el valor justicia.

La segunda resulta del artículo 129 que en su parte final establece: "La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba".

La tercera emerge del principio general consagrado en el artículo 14 que preceptúa: "Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales".

De estas disposiciones extraemos la conclusión de que ha habido, efectivamente, una acentuación de las facultades inquisitivas del Tribunal, las que serán fundamentales en las cuestiones relativas a intereses difusos, en las cuales normalmente está en juego el interés general (medio ambiente, protección del consumidor o del patrimonio nacional: histórico, artístico, cultural o paisajístico, etc.) y donde las dificultades de prueba generalmente se pueden apreciar.

Por último, nos parece importante resaltar la norma consagrada en el artículo 166 —en razón de la trascendencia que tendrá para esta materia— la que faculta al Tribunal, según las circunstancias, a solicitar el dictamen de Institutos, Academias, Colegios u Organismos.

### **III) Con relación al cumplimiento de sus decisiones.**

Además de reiterar en el artículo 319.2 el rol del tribunal como director del proceso, también en la etapa de ejecución, le faculta en el artículo 320 para que pueda disponer, en cualquier etapa del proceso, la aplicación de medidas de conminación o astringencia que sean necesarias para lograr el cumplimiento de sus providencias.

Con referencia a las astringencias es necesario poner de relieve, en primer lugar, que tienen las siguientes características:

- a) Pueden ser dispuestas de oficio o a petición de parte
- b) En cualquier etapa del proceso
- c) Tienen por finalidad lograr el cumplimiento de una providencia, que puede no ser la sentencia definitiva.

En segundo término, se ha establecido por el artículo 320.2 que las conminaciones económicas se fijarán por el Tribunal en una cantidad de dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento y que dicha cantidad se fijará teniendo en cuenta el monto o naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva conminación psicológica al cumplimiento dispuesto.

En tercer orden, se le ha otorgado al Tribunal la facultad —artículo 320.2 in fine— para que de oficio o a pedido de parte pueda aumentar, moderar o suprimir la conminación establecida.

En cuarto lugar, las cantidades que se paguen por astreintes pasan a integrar un Fondo Judicial. La excepción a esta regla está consagrada en el artículo 331.3 que establece: “Si se tratase de obligación no susceptible de cumplirse por tercero, a pedido de parte podrá perseguirse su cumplimiento en especie a cuyo efecto se establecerá una conminación económica por un plazo no mayor de 45 días. Si aún así no se realizara el cumplimiento, se liquidarán dichas conminaciones y los daños y perjuicios respectivos por el procedimiento del artículo 322.2, 4. y 3. según corresponda. Las sumas liquidadas por conminaciones no se imputarán a los daños y perjuicios respectivos y en este caso beneficiarán al ejecutante”.

Para la defensa de los intereses difusos, la mayoría de las veces, resulta fundamental asegurar el cumplimiento “in natura” de la conducta debida (no deteriorar el medio ambiente, no destruir las obras de arte o el patrimonio histórico o cultural, no fabricar productos que puedan ocasionar riesgos para la salud y la seguridad de los consumidores).

En tal sentido, el Proyecto de Código Modelo ha munido al Tribunal de amplios poderes, entre los cuales se encuentran, como ya lo hemos señalado, las medidas cautelares provisionales y anticipativas y la potestad de aplicar astreintes, como instrumento hábil para asegurar el efectivo cumplimiento de dichas medidas.

#### **4.4. La eficacia de la sentencia. Los límites subjetivos de la cosa juzgada**

##### **4.4.1. El artículo 194 del Código Modelo**

El artículo 194 del Proyecto al regular los efectos de la cosa juzgada en estos procesos, establece que la sentencia tendrá eficacia “erga omnes”, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso por otro legitimado.

El texto proyectado ha seguido, en este punto, las orientaciones de la legislación y de la doctrina procesal brasileña, anteriores al nuevo Código Brasileño de Defensa del Consumidor. La pregunta que nos

hacemos y que a continuación trataremos de desarrollar es si las nuevas ideas que trae dicho texto legal no deberían ser recogidas en el Proyecto de Código Modelo.

#### **4.4.2. Las innovaciones introducidas por el nuevo Código brasileño de Defensa del Consumidor**

**I) En cuanto a los intereses tutelados** distingue en su artículo 81 tres categorías, a saber: **los difusos**, entendiéndose por tales los supra-individuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho.

**Los colectivos**, considerando tales los supra-individuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.

**Los individuales homogéneos**, así entendidos los derivados de un origen común.

**II) Respecto al modo de ejercicio de la acción**, se establece también en el Art. 81 que la defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas, podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo. Se prevé que la defensa colectiva será ejercida cuando se trate de intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos.

**III) En lo referente a la legitimación** reitera el régimen establecido por la Ley 7347 de 1985, con la importante modificación de que las asociaciones legalmente constituidas y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses de los consumidores podrán ser dispensadas por el Juez del requisito de la preconstitución.

Esta dispensa podrá ser otorgada cuando se trate de una pretensión colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos y siempre que exista manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido (artículo 82 in fine).

**IV) En lo relativo a la cosa juzgada.** Se ha señalado por la doctrina que la reestructuración de los esquemas procesales indispensables para la adecuada tutela de los intereses supraindividuales, pasa por la necesaria revisión de las posiciones clásicas contrarias a la cosa juzgada "secundum eventum litis".

Con la evolución ya operada en el sistema jurídico brasileño —nos dice PELLEGRINI GRINOVER<sup>(37)</sup>— con los antecedentes de las leyes de acción popular (4717/65) y de la acción civil pública (7347/85) todo hacía aconsejable que el legislador diera un paso más, consagrando la extensión subjetiva de lo juzgado “secundum eventum litis” y así ocurrió con el nuevo Código del Consumidor.

El sistema estructurado por el legislador brasileño lo podemos reseñar sintéticamente en la siguiente forma:

**Acción colectiva por interés difuso o colectivo acogida (Artículo 103):**

—La sentencia tendrá eficacia “erga omnes” en el primer caso y “ultrapartes” limitada al grupo o clase, en el segundo.

**Acción colectiva por interés difuso o colectivo rechazada:**

—Por insuficiencia de prueba, cualquier legitimado puede volver a intentarla (artículo 103 I y II).

—Por carecer de fundamento, en este caso no podrá volver a plantearse como acción colectiva. No obstante, ello no perjudicará los intereses y derechos de los integrantes de la colectividad, grupo, categoría o clase que podrán intentar la acción en forma individual (artículo 103, 1°).

**Acción colectiva por intereses individuales homogéneos.**

**Si es acogida** (artículo 103 III) tendrá eficacia “erga omnes”, beneficia a todas las víctimas y a sus sucesores, aún cuando no hayan sido parte en el proceso.

**Si es rechazada** los interesados que no hubieran intervenido como litisconsortes podrán proponer la acción de indemnización a título individual.

A la referida solución de cosa juzgada “secundum eventum litis” se le ha formulado la observación<sup>(38)</sup> de que la no oponibilidad del fallo

(37) PELLEGRINI GRINOVER, Ada ob. cit., p. 16.

(38) VIGORITI, Vincenzo. “*Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*” Milán. Giufre 1979. Citado por PELLEGRINI GRINOVER en “*O novo processo...*”.

denegatorio frustraría la necesaria uniformidad de las decisiones en materia de acciones colectivas, además de imponerle al demandado una excesiva onerosidad, pues le obliga, a repetir su defensa, sin poder oponer la eficacia de lo juzgado a su favor.

Nos parecen absolutamente de recibo los argumentos utilizados por la Profesora PELLEGRINI para responder a dicha crítica, a saber:

1º.) La discusión a fondo del problema se va a realizar realmente en el proceso en que se ventile la acción colectiva. Allí el demandado va a realizar los máximos esfuerzos para intentar vencer.

Si en el referido proceso triunfa el demandado y si en el mismo, los titulares del interés supuestamente violado fueron adecuadamente representados, será muy excepcional, por no decir imposible, que pueda llegar a triunfar el titular del interés en una posterior acción individual.

2º.) Las molestias que se le podrían ocasionar al demandado en dichas hipótesis —que reitero serán excepcionales— siempre serán un mal menor que la pérdida irreparable que se le ocasionaría al titular del interés si la sentencia pasara en autoridad de cosa juzgada respecto de todos los interesados, aun cuando éstos sólo hubiesen estado fictamente —pero no realmente— representados en el juicio.

Entre las opciones posibles, el legislador se inclinó —en decisión que compartimos— por el titular del interés difuso o colectivo cuya tutela se pretende.

En cuanto a la segunda crítica que se le ha formulado, relativa a un supuesto riesgo de cosas juzgadas contradictorias, corresponde señalar que las soluciones del Código superan dichos inconvenientes. En efecto, si la demanda colectiva fue rechazada, la misma no podrá ser reiterada como tal y sólo podrá ser propuesta a título individual. En tal caso, la eficacia de la sentencia quedará restringida a las partes intervinientes.

Pero, además, se ha previsto en el Código del Consumidor para la eventualidad de que se hayan iniciado paralelamente una acción colectiva y una acción individual y se haya dictado una sentencia favorable en la primera y desfavorable en la individual, que el actor individual no quedará alcanzado por la decisión favorable del proceso colectivo —artículo 104—, salvo que haya solicitado la suspensión del proceso individual dentro de los 30 días desde que tuvo conocimiento de la acción colectiva.

Por último destaca PELLEGRINI GRINOVER<sup>(39)</sup> que cuando el Código del Consumidor determina el efecto extensivo de la cosa juzgada a los terceros y traslada a las pretensiones individuales lo resuelto en la sentencia colectiva favorable, otra innovación importante está ocurriendo y es la ampliación "ope legis" del objeto del proceso, para incluir en la cosa juzgada la decisión genérica sobre el deber de indemnizar a cargo del demandado, que luego se concretará específicamente ante cada reclamación concreta.

**En síntesis:** Considero que las valiosas innovaciones introducidas por el Código brasileño de Defensa del Consumidor deben de servirnos de sólida base y de poderoso acicate en la búsqueda de las mejores soluciones que puedan dar una adecuada respuesta a la tutela de los intereses difusos y colectivos.

##### **5. NECESIDAD DE UNA ESTRATEGIA PARA LA EFECTIVA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS**

Día a día, se acrecienta la toma de conciencia respecto de la planetarización de nuestra civilización y de los problemas que a ella le son inherentes.

Estamos empezando a comprender que las soluciones nacionales no son suficientes y que es menester encarar dichos problemas con un enfoque universalista y no particularizado.

Los desastres ecológicos que ya han tenido lugar en diversos puntos del planeta, así como aquellos otros que podrían producir una catástrofe apocalíptica —ya sea por el debilitamiento de la capa de ozono, por el recalentamiento excesivo de la atmósfera por efecto del consumo de combustibles líquidos o por las imprevisibles reacciones que pueden derivarse de los desechos nucleares o tóxicos enterrados en los mares— nos deben hacer pensar necesariamente en soluciones supranacionales.

Dichas soluciones, en nuestra opinión, deben procurar:

—Prevenir este tipo de situaciones.

(39) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "O novo processo..." ob. cit., p. 18.

—Desarrollar sistemas de investigación que apunten a la búsqueda de las soluciones adecuadas.

—Estructurar sistemas de ayuda rápidos y efectivos para el supuesto de que estos problemas se susciten.

—Establecer tribunales de competencia internacional, con las facultades necesarias y el procedimiento adecuado para determinar y hacer efectivas las responsabilidades que puedan corresponder.

## 6. CONCLUSIONES

1) Las soluciones propuestas por el Proyecto de Código Modelo han significado un positivo avance con relación a la generalidad de las legislaciones de nuestros países y en especial en el tema relativo a la tutela de los intereses difusos.

2) No obstante, dichas soluciones podrían ser sensiblemente mejoradas si se tomaran en consideración las valiosas innovaciones introducidas en este tema por el reciente Código brasileño de Defensa del Consumidor, fundamentalmente en lo relativo a la eficacia subjetiva de la sentencia.

3) Se considera necesario establecer una adecuada estrategia para la tutela de los intereses difusos, tomando en consideración que no será suficiente la protección que otorguen los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, ya que dicha tutela sólo llegará a ser verdaderamente efectiva si se compromete a ello y la garantiza toda la comunidad internacional.

4) En el ámbito internacional, al mismo tiempo que luchamos por la mayor integración de nuestros países, deberíamos procurar soluciones de cooperación para la prevención, la investigación y el auxilio recíproco y el establecimiento de tribunales supranacionales que puedan dar efectiva solución a la tutela de los intereses difusos.

Montevideo, 30 de abril de 1992.

Prof. Dr. ANGEL LANDONI SOSA