

SEGUNDA PARTE

MARCO CONCEPTUAL

Capítulo tercero. Prospectiva en torno al interés: Las figuras jurídicas tradicionales de tutela	39
1. Consideraciones preliminares	39
2. El interés como concepto no jurídico	42
2.1. El interés en el plano etimológico	42
2.2. El interés en su acepción semántica	43
2.3. El interés como concepto filosófico	44
2.4. Los elementos del interés	44
3. Concepto personal de interés	45
4. El interés en el ámbito jurídico	45
4.1. El interés jurídicamente relevante (interés jurídicamente protegido)	45
4.2. La doctrina procesalista en torno al interés	47
4.2.1. La posición objetivista	48
4.2.2. La posición voluntarista	48
5. Los intereses jurídicos. Su clasificación	49
5.1. Clasificación general de los intereses desde el punto de vista material	51
5.2. Interés público e interés general. Perspectiva iuspubliscística	57
5.2.1. El interés público	58
5.2.2. El interés general	61
5.3. Interés colectivo	62
6. Proceso, jurisdicción administrativa, legitimación procesal y derecho subjetivo público	64
6.1. El papel de los derechos subjetivos y derechos subjetivos públicos: instrumentos para salvar las exigencias de afectación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo	69
6.2. Los derechos públicos subjetivos: instrumento de protección social	72

CAPÍTULO TERCERO

PROSPECTIVA EN TORNO AL INTERÉS: LAS FIGURAS JURÍDICAS TRADICIONALES DE TUTELA

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Como hemos visto en la parte introductoria del trabajo, en el Estado social de derecho se perfilan y adquieren conformación propia una nueva clase de intereses, los llamados difusos y colectivos, que reclaman reconocimiento y cobertura normativos adecuados, que posibiliten y legitimen a sus portadores o titulares en el reclamo de una tutela jurisdiccional efectiva.

No es desconocido para nosotros el hecho de que, en virtud del movimiento de acceso a la justicia, se enfoca con mayor atención la problemática de los intereses difusos y colectivos. Tanto en Europa⁴⁰ como en América los estudios de la doctrina de los autores proliferan y las reformas legislativas no se hacen esperar; sin embargo, aún hoy, el sistema de tutela de los intereses que en esta sede tratamos es insatisfactoria.

Tal situación se debe, al decir de algunos autores, al hecho de que no se han superado, en el Estado social y democrático de derecho, los principios liberales-individualistas que, como hemos visto, inspiraron, durante el siglo XIX, la dogmática del derecho,⁴¹ tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, y que hoy día se ponen en cuestión, sobre todo cuando nos planteamos si intereses como los difusos y colectivos, en la sociedad actual:

⁴⁰ Consultar bibliografía citada en el parágrafo 3 y 4 del capítulo segundo, así como: Cappelletti, Mauro, "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", en *Rivista di Diritto Processuale*, luglio-settembre, 1975, p. 362.

⁴¹ Forsthoff, Ernest, "Problemas constitucionales del...", *cit.*, p. 45; Sánchez Morón, Miguel, *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 18.

cada día más punzada por el intervencionismo estatalizador, ora por el de las grandes empresas de despliegue planetario, hallan adecuada respuesta normativa en sistemas jurídicos estructurados en torno a figuras como: interés individual o interés directo, interés público o general, interés colectivo, interés legítimo o bien derecho subjetivo... que son absolutamente decimonónicos...⁴²

El reiterado argumento de la obsolescencia de los conceptos a que me he referido en las anteriores líneas, me empuja a pensar que quizá exista una incapacidad o una irracional negativa a aceptar que aquéllos pueden ser operativizados al efecto de comprender los nuevos fenómenos sociales que en esta sede tratamos; la obstinación por olvidar, en ocasiones, que la transformación del Estado de derecho —con sus instituciones de cuño individualista— al Estado social de derecho, no puede caracterizarse por una ruptura de éste con aquél, menos aún porque las constituciones propias del Estado social y democrático de derecho tienen “la pretensión, jurídicamente obligatoria, de dotar también a la constitución de las organizaciones sociales de determinados principios fundamentales”.⁴³

El Estado social se caracteriza porque no sólo se limita a dar garantías formales a través de las normas sino que, además, da garantías materiales que prescriben de un modo programático, los intereses en conflicto que emergen en su seno, proveyendo las reglas de justicia distributiva.⁴⁴ Se convierte el Estado en una entidad socialmente obligada a procurar que los conflictos y la compensación que entre ellos se concrete se atengán al interés general, correlativo del producto normativo de la oferta del Estado social, existe una obligación de todos los órganos del Estado que las instituciones sociales con entidad jurídica se adapten a los requisitos en cada caso requeridos, entiéndase a través de la legislación, la administración y la administración de justicia.

En virtud del planteamiento precedente, ha menester la dilucidación en torno a ciertas figuras jurídicas que se dan en el marco de los actuales ordenamientos con el propósito de conciliar los conflictos que emergen en el seno de las sociedades y, específicamente, su operatividad dentro de un

42 Lozano Higuero-Pinto, Miguel, *La protección procesal de los intereses difusos. Intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V.*, Madrid, 1983, p. 129. Cappelletti, Mauro, “Aspetti sociali e politici della procedura civile (riforme e tendenze evolutive nell’Europa occidentale e orientale)”, en *Giustizia e Società*, Milano, 1972, p. 94.

43 Habermas, Jürgen, *Historia crítica de la opinión pública*, Barcelona, G. Galli, 1981, p. 250.

44 Piénsese en los artículos 3º, frac. II, inciso c), 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 14 de la Constitución Española.

Estado de derecho en constante cambio. Así, hasta qué punto resultan operantes figuras como: interés directo, interés público, interés colectivo, interés legítimo y derecho subjetivo.

Es necesario establecer que en torno a las figuras antes señaladas se han decantado dos posiciones, a saber:

1. Si la vigencia y operatividad de los referidos conceptos marcan su origen e impronta en un contexto jurídico netamente individualista y decimonónico, que en un Estado en el que proliferan nuevas formas de asociación con necesidades e intereses propios se tornan limitativos de una efectiva actuación de sus portadores, entonces podemos llegar a la conclusión de su obsolescencia y, en consecuencia, a su superación y a la consagración de nuevas figuras que provean de solución a los nuevos requerimientos.
2. Las figuras guardan en sí la posibilidad de una aplicación coherente por parte de la administración y, sobre todo, de una interpretación *ad hoc* por parte de los jueces que, en su labor creadora pueden abrir vías procesales a la actuación de los portadores de intereses difusos y colectivos que luchan en defensa de los bienes que consideran valiosos y que, en sí, concretan la existencia del grupo humano, en este sentido piénsese, a guisa de ejemplo, en la calidad del aire, en el hábitat ecológico, indispensables para el adecuado desarrollo humano ¿acaso no importa a todos su debida protección?

Al hilo discursivo, podríamos decir que la misma realidad constitucional, modificada en el sentido del Estado social, estimula a la consideración de en qué medida los derechos fundamentales liberales, que en su momento fueron pensados y formulados como derechos de defensa frente al poder del Estado, deben ser concretados hoy como derechos de participación e intervención, no sólo de los sujetos individuales sino también de los grupos.⁴⁵

⁴⁵ En lo que hace a dos de los ordenamientos a los que aquí haremos referencia es de sentar que las constituciones mexicana y española tienen ya consagrados, y por tanto garantizados, los fundamentos materiales de la democracia (artículos 3º, fracción II, inciso a) de la CPEUM y 1.1 CE), los derechos fundamentales (artículos 1 a 24, 27 y 123 CPEUM y 14 a 29 y 30.2 CE), los derechos económicos y sociales (artículos 39 a 52), el principio de igualdad formal y material unidos a la idea de participación (artículos 39 CPEUM y 14 y 9.2 CE) y un sistema de protección legal, administrativa y jurisdiccional de todas las garantías constitucionales (artículos 14 al 24 CPEUM y 24, 53, 54, 117, 120, 161, 162, entre otros de la CE); en consecuencia tienen garantizados el contenido real de la idea de Estado social.

La discusión de las opciones se encuentra en la mesa de debate, la argumentación en torno a su elección es lo que pretendemos realizar en la tercera parte del presente trabajo, a tal efecto hemos considerado conveniente hacer una exposición somera en torno al concepto de interés, como un primer intento de acercarnos a la problemática específica que motiva el presente trabajo, a saber: la tutela jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos.

Procederemos pues a la breve exposición, en principio, de los diferentes enfoques que a la noción de interés se ha dado, a sus elementos, un primer concepto de interés, el proceso de categorización en tanto interés jurídicamente protegido, las diferentes clases de interés y, finalmente, lo relativo al interés legítimo y al derecho subjetivo público.

2. EL INTERÉS COMO CONCEPTO NO JURÍDICO

El término interés tiene su origen en el lenguaje ordinario; su uso, en consecuencia, se extiende a diversas disciplinas extrajurídicas. Con independencia de cuál sea el área de conocimiento en que se aplique el término interés, constituye una categoría subjetiva, en tanto momento volitivo, que determina la acción de los individuos en su quehacer social.

Podemos decir que el término ha sido hasta ahora impreciso y aproximativo, en razón de que se le da un contenido sicológico, antes que normativo, circunstancia ésta que ha llevado a la identificación del interés con la necesidad y la decisión.

Con la finalidad de establecer los vínculos y las diferencias nos permitimos tratar los contenidos que puede llegar a tener el concepto que aquí nos ocupa, a fin de connotar su contenido metalingüístico.

2.1. *El interés en el plano etimológico*

En cuanto a su etimología, la palabra interés se integra de los vocablos latinos *ínter* (entre) y *esse* (estar): estar entre.⁴⁶ En este contexto podríamos decir que la estructura etimológica de la noción denota, ya, su alcance y contenido intermediador,⁴⁷ su vinculación y su raíz societaria; su relación

⁴⁶ Corominas, J., *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3^a ed., Madrid, 1980, p. 338.

⁴⁷ Guasp, J., *Derecho*, Madrid, Gráficas Hergón, 1971, p. 271.

con la idea de participación, en cuanto que incluye en ella la idea de goce en los bienes de cualquier clase;⁴⁸ podemos decir que el contenido etimológico de la palabra expresa la relación de convivencia entre el colectivo y el medio que resulta en sí un bien valioso por ser necesario.

Ha de apreciarse en lo dicho que se da una bipolaridad interés-necesidad, en el plano etimológico.

2.2. *El interés en su acepción semántica*

De conformidad con las acepciones contenidas en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, semánticamente el interés se define como “la inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona o narración, etcétera”.⁴⁹

Tal definición, como es de notar, implica ese momento subjetivo de apreciación del individuo que se da en la estructura sicológica respecto de un algo, esto es, existe una inclinación hacia un objeto que estimamos, individualmente, valioso o que nos importa.

Si bien el interés se proyecta con mayor énfasis en lo individual, no es excluyente su aplicación en el ámbito de lo colectivo, así, el propio *Diccionario de la Lengua Española*, en su 6^a acepción nos refiere al interés colectivo como: “Conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material.”⁵⁰

La acepción supra indicada, nos permite apuntar otras particularidades útiles a nuestro estudio.

En principio, desde este momento podemos decir que el interés se perfila ya como ese motivo subyacente en la relación de varios individuos que, primero en lo individual y después en conjunto, determinan respecto de una situación de orden moral o respecto de un bien material a los que consideran, dada su previa valoración y accesibilidad, como idóneos para satisfacer una exigencia o para colmar una carencia o necesidad.⁵¹

48 Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, 2^a ed., Madrid, 1980, t. II, p. 1742.

49 *Real Diccionario de la Lengua Española*, voz: *Interés*, 4^a acepción; 21^a ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992, p. 832.

50 *Idem*.

51 Betti, Emilio, voz: “*Interesse*”, *Novissimo Digesto Italiano*, 3^a ed., Torino, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, t. VI, p. 838.

2.3. *El interés como concepto filosófico*

En el campo filosófico, la noción de interés denota uno de los momentos en que se enmarca la especulación humana,⁵² y que se concreta en la inclinación de la voluntad hacia un determinado fin.

Desde los autores clásicos, como Aristóteles —sobre todo en el desarrollo de la ética— se ha vinculado el concepto de interés a otros que les son próximos en razón de su encuadramiento en el campo de la ética, tales como impulsos, sentimientos, pasiones, etcétera.

Al decir de Habermas, en la filosofía,

el interés es la satisfacción que vinculamos a la representación de la existencia porque expresa la representación de la existencia de un objeto o de una acción. El interés tiene como meta la existencia porque expresa una relación del objeto del interés con nuestra facultad apetitiva. Es decir, que el interés presupone una necesidad o genera una necesidad...⁵³

La determinación del autor en cita nos permite ya, pasar a la consideración de los elementos que integran dicha noción y a nuestro propio concepto de interés.

2.4. *Los elementos del interés*

Llegados a este momento podemos decir que son cuatro los elementos que integran la noción de interés, ya individual, ya colectivo, a saber:

- *Entificación del interés.* En tanto que se torna necesaria la existencia de un portador, sea físico sea ficto (persona jurídica).
- *Necesidad.* Que se traduce en dos situaciones: el interés que surge porque existe una carencia (necesidad insatisfecha) o bien el interés como motivo subyacente y, por lo tanto, generador de una necesidad.⁵⁴
- *Vínculo relacional o conectivo.* Entre la facultad apetitiva, o inclinación volitiva, de satisfacción de la necesidad con el:

⁵² *Ibid.*, p. 1742.

⁵³ Habermas, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus, 1982, pp. 201 y ss.

⁵⁴ Betti, *op. cit.*, p. 839. Nos señala este autor diferentes formas en que se puede presentar el interés, utilizando la terminología alemana: en tanto exigencia (*anforderung*); en tanto invitación (*aufforderung*); incitación o instigación (*ansinnen*, *ansprüchen*).

— *Bien.* Que se considera idóneo para la satisfacción de dicha necesidad, ergo, del interés, en virtud de su previa valoración y accesibilidad.⁵⁵

3. CONCEPTO PERSONAL DE INTERÉS

Concebimos al interés como la inclinación volitiva que se establece en virtud del imperativo de satisfacción de una necesidad, respecto de la obtención de un bien o de la realización de una acción protectora de dicho bien que se consideran idóneos para tales efectos.

Una vez vertido nuestro concepto de interés, en tanto noción no jurídica, pasamos a determinar cuándo éste pasa de su calidad de “simple” al ámbito jurídico adquiriendo el carácter de: interés jurídicamente relevante o interés jurídicamente protegido.

4. EL INTERÉS EN EL ÁMBITO JURÍDICO

Si bien es cierto que el interés del individuo y de las colectividades —por mejor decir, colectivos—, existe y es en sí importante en virtud del imperativo de satisfacción que a él subyace, no debemos de olvidar que lo que aquí interesa es llegar a determinar en qué momento el interés de ese individuo o de un colectivo es apto, en tanto configuración de un derecho a ellos otorgado por el ordenamiento jurídico, para reclamar la tutela debida a dicho interés.

4.1. *El interés jurídicamente relevante (interés jurídicamente protegido)*

No todos los intereses, individuales o colectivos, son susceptibles de considerarse jurídicamente relevantes y, por tanto, protegidos. Sólo aquellos que selecciona el Constituyente, originario o revisor de la Constitución, y el legislador a nivel de ley ordinaria, y que considera como

55 Como es sabido, un bien adquiere tal carácter en la medida en que le es atribuido un valor por el individuo, valor que se determina en virtud de la finalidad útil a la que está destinado dicho bien, en tanto no sea así, sólo podemos hablar de cosas. Cfr., Jellinek, Giorgio, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, Società Editrice Libraria, 1912, pp. 26 y ss.

—y son— susceptibles de protección jurídica adquieren su debida consagración constitucional o legal.

Tales intereses, debidamente jerarquizados, devienen en derechos accionables para su tutela ante los tribunales,⁵⁶ esto es, al efecto de no dejar la consagración del derecho en mera declaración formal, el propio operador jurídico determina los mecanismos jurisdiccionales, o garantías, a los que puede acceder el portador del o los intereses protegidos.

Es de señalar que la doctrina de los autores que se han dedicado al estudio de los intereses jurídicamente protegidos o relevantes, coinciden en destacar los siguientes aspectos:

1. Que las normas generales entrañan una ordenación de los intereses dignos de considerar para su protección jurídica, al tiempo que su propia limitación.
2. En función de lo anterior, la tarea legislativa consiste en armonizar, en la medida de lo posible, los intereses en conflicto,⁵⁷ dándoles la debida jerarquía dentro del orden jurídico.
3. Tal reconocimiento y jerarquización responden a un criterio axiológico, conforme al cual decide el legislador.
4. La tarea de determinación supone, además del criterio axiológico, un estudio sociológico sobre esos intereses, así como la consideración del momento histórico en el cual se emite la legislación.
5. En el ámbito jurisdiccional, la protección de los intereses implica el que el juez, en los casos sometidos a su conocimiento por conflicto de intereses, debe decidir con un espíritu igual o análogo al que tuvo el legislador cuando dictó las normas generales.

56 En el pensamiento jurídico especial atención ha recibido el tema de los intereses jurídicamente protegidos, por citar, y sin ánimo de ser exhaustivos, piénsese en la gran aportación de los alemanes, así: Kant, Gneist, Ihering, Heck, Stoll, Muller-Erbach, Bachoff, etcétera.

57 Esser, J., citado por Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2^a ed., Barcelona, Ariel, 1980, pp. 146 y ss. En el mismo sentido la cita que realiza Recasens Sichés, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 164: “La ley es una regulación de coaliciones de intereses subjetivos de la comunidad que son en realidad valores jurídicos. Lo mismo ha de hacer el juez cuando aplica la ley, valiéndose de los conceptos utilizados por el legislador”; ver, además: Jellinek, *Sistemi dei diritti pubblici...*, cit.; Esteban Drake, A., *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 31 y ss.; Spagna Musso, Enrico, “Los intereses colectivos en el Estado de democracia pluralista”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 4, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, julio-agosto, 1978, pp. 58 y ss.; *Novissimo Digesto Italiano*, cit., pp. 845 y ss. Recasens Sichés, *Tratado general de filosofía...*, cit., p. 63.

6. Que en los casos en que no hubiere ley que contemplare tal tipo de conflicto de intereses, en términos generales, el juez deberá realizar en términos concretos, respecto de la controversia que se somete a su jurisdicción, las mismas operaciones (sicológicas y estimativas) que incumben al legislador, los factores implicados en el litigio para, inmediatamente, aclarar el criterio axiológico válido.⁵⁸

El concepto de interés lo podemos formular, en segundo momento, como *la inclinación volitiva, en tanto nexo conectivo, que se establece en relación al imperativo de satisfacción de una necesidad y la obtención de un “bien de la vida” (lebensgüt)*⁵⁹ jurídicamente relevante y que, adelantamos, puede tener sede territorial. La concreción del interés se pone de manifiesto en el momento en que se provee lo necesario para la obtención del bien, mediante la realización de las acciones conducentes, bien para su obtención material, bien para su tutela.

4.2. La doctrina procesalista en torno al interés

El estudio del interés en el ámbito de lo jurídico, ha sido abordado por los procesalistas, particularmente a través de las posiciones objetivistas, situación que ha determinado el que la noción en estudio se encuentre vinculada a la teoría del objeto jurídico.⁶⁰

En el contexto de la posición objetivista se dan dos modalidades: primera, objetiva, en sentido estricto, o “intelectualista”, que atiende a la estructura de la relación, esto es, a la posición de un individuo respecto de un bien. La segunda, subjetiva (funcional en la terminología de Guasp)⁶¹ o voluntarista. Ambas posiciones las comentamos a continuación de forma breve.

58 *Idem*

59 La expresión “bien de la vida” —*lebensgut*—, acuñada por la pandectística alemana, es equiparable a “bien jurídicamente relevante en el lenguaje jurídico general, y se puede designar, globalmente con la expresión “la esfera jurídica o el círculo de derecho del individuo”. Cfr., Ennecerus, *Tratado de derecho civil*, 2^a ed., Barcelona, 1952, t. I, 1, p. 282.

60 Ennecerus, *Tratado de derecho...*, *cit.*, p. 282; Lozano Higuero-Pinto, *La protección procesal...*, *cit.*, p. 38.

61 Guasp, *Derecho*, *cit.*, pp. 269 y ss.

4.2.1. *La posición objetivista*

Fiel representante de la posición objetivista es Carmelutti.⁶² Determina el interés en razón de dos elementos básicos, a saber: uno de carácter subjetivo, entificado por el hombre y otro de carácter objetivo, determinado por el bien.

Para el autor en comento, el interés implica una posición favorable del individuo tendente a la satisfacción de una necesidad. Carmelutti excluye de su razonamiento la consideración del interés como juicio, consecuentemente, abstrae toda referencia al elemento volitivo. Es importante señalar que, al realizar tal exclusión, las consideraciones del estudioso no explican qué papel desempeña la voluntad en el vínculo relacional interés-bien. Al decir de Lozano Higuero-Pinto,⁶³ en el término favorable se encuentra implícita la actuación de la voluntad.

En el mismo sentido de Carmelutti, en lo que hace a la procesalística española, podemos citar, entre otros, a Fairén,⁶⁴ Gimeno Sendra,⁶⁵ Almagro Nosete⁶⁶ y Montero.⁶⁷

4.2.2. *La posición voluntarista*

La posición voluntarista hace recaer en el sujeto el elemento nuclear o característico del concepto de interés, así para Rocco,⁶⁸ el interés constituye un acto de inteligencia; el interés es una noción psicológica y por lo tanto, subjetiva.

Muñoz Rojas,⁶⁹ considera que el interés implica un juicio de valor sobre un bien, primero, y un movimiento de la voluntad tendente a la obtención de dicho bien, después. Morón,⁷⁰ concibe al interés como la aspiración

62 Carmelutti, F. *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 11.

63 Lozano-Higuero, *La protección procesal...*, cit., p. 34.

64 Para este autor, el interés no es sólo, en cuanto a tendencia de una satisfacción jurídica, una aspiración sino una consecución con la nota de favorecer intereses. Cfr., Fairén Guillén, Víctor, "El proceso como satisfacción jurídica", *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, t. I, p. 374.

65 Gimeno Sendra, *Fundamentos de derecho procesal*, Madrid, 1981, p. 23.

66 Almagro Nosete, José, "Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo", en *Revista de Derecho Político*, núm. 10, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

67 Montero, *Introducción al derecho procesal*, 2^a ed., Madrid, 1979.

68 Rocco, Arturo, *L'oggetto del reato della tutela giuridica penale*, citado por Lozano Higuero-Pinto, *op. cit.*, p. 35.

69 Muñoz Rojas, T., *El interés en el proceso civil*, Zaragoza, Temis, 1958, pp. 45 y ss.

70 Morón, "Sobre el concepto de derecho procesal", en *Revista de Derecho Procesal*, 1952, p. 518.

consciente de un individuo respecto de un bien que juzga útil para la satisfacción de sus necesidades.

Hasta aquí, hemos tratado de dar una panorámica general en torno a los intereses simples, su proceso de categorización en tanto jurídicamente relevantes y su entrada en el orbe jurídico, llegado es pues el momento en que procedamos a su clasificación, no sin antes dar una panorámica general de las diversas posturas que en torno a la misma existen.

5. LOS INTERESES JURÍDICOS. SU CLASIFICACIÓN

Es frecuente encontrar en los estudios que se realizan en torno a los intereses difusos y colectivos una carencia de examen sistemático y clasificatorio no ya del propio interés difuso, sino de su encuadramiento orgánico en el esquema general de las diversas categorías o variedades de intereses jurídicos.⁷¹ En el presente apartado, trataremos de exponer tal clasificación general como paso preliminar al estudio específico de los intereses difusos y colectivos.

En virtud del estudio preliminar que hemos realizado en torno al interés en el ámbito de los extrajurídico y, propiamente, en el campo de lo jurídico, podemos establecer que la primera proyección categorial que se nos presenta, es la que opone el orbe de lo jurídico de cara a lo que no tiene relevancia jurídica, esto es, la determinación de la relevancia jurídica se nos presenta como primera orden en la jerarquización que, necesariamente ha de establecer el ordenamiento ante los distintos elementos en presencia, dado que en el desarrollo de las relaciones se hacen valer y se confrontan en constante vicisitud intereses divergentes y, consecuentemente, contrapuestos, afirmando la exigencia de realizar o de proteger bienes que no pueden actuarse conjuntamente, sino sólo de modo diferenciado según su rango de subordinación,⁷² pues todos los intereses sociales, aunque relevantes potencialmente para el derecho, alcanzan una determinada categoría,⁷³ de conformidad con una jerarquización axiológica que el ordenamiento jurídico estatuye.

⁷¹ Por todos, *vid.*: *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del Convegno di Studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, CEDAM, 1976. Por su interés en la clasificación dogmática de los intereses colectivos según su imputación los portadores de estos, *vid.*: Pardolesi, Roberto, "Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi", en *L'azioni a tutela di interessi collettivi...*, *cit.*, pp. 244 y ss.

⁷² Betti, *Interesse...*, *cit.*, p. 839.

⁷³ Guasp, *Derecho*, *cit.*, p. 275.

En este contexto, se determina como necesario que el derecho positivo arbitre una sistemática a fin de resolver las colisiones que en el planteamiento conflictual de los intereses se derivan. Aunado a lo ya establecido en el numeral 4.1 del presente capítulo, es de señalar que el *iter* de tal sistemática se puede resumir en lo siguiente:

1. Clasificación de los intereses.
2. Determinación de los límites dentro de los cuales algunos intereses merecen protección.
3. La especificación de las prioridades y preferencias de unos intereses sobre otros, y
4. La formulación de esquemas de compromiso o de armonización entre intereses contrarios.

Desde luego sabemos que podemos encontrar intereses de índole religioso, político, moral, económico, estrictamente individuales; en este sentido, se puede decir que el interés jurídico no reconoce límites objetivos, pero ahora veamos cómo se clasifican estos intereses.

En principio debemos establecer que, en virtud de la real o potencial conflictualidad de intereses que se presente, la decisión del legislador respecto de la protección de determinados intereses —bienes jurídicos—, no puede ser planteada de manera absoluta con carácter autónomo, pues dicho operador jurídico encuentra limitada o complementada su labor por la relevancia de otros intereses a los que, en última instancia, sacrifica en su labor ponderativa, a tales intereses se les ha denominado “contraintereses”.⁷⁴

En segundo término, la clasificación de los intereses puede realizarse desde el punto de vista instrumental o funcional (que se determina en virtud de la tutela procesal que reciben los intereses) y, desde el punto de vista de la materia, esto es, del objeto de protección. Iniciaremos pues con la clasificación desde el punto de vista material, de carácter general, para pasar después a la pertinente en el presente estudio.

⁷⁴ Schafstein, F., “Zür Problematik der Theologischen Begriffsbildung in Strafrecht...”, citado por Polaino Navarrete, Miguel, “El bien jurídico en el derecho penal”, en *Anales de la Universidad Hispalense*, serie Derecho, núm. 19, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974, p. 165.

5.1. Clasificación general de los intereses desde el punto de vista material

La presente determinación de las categorías de intereses es puramente convencional y se enfoca, esencialmente, en el aspecto material pues, como veremos posteriormente, no debemos confundirla con la clasificación de los intereses procesales, pues en ella se encuentran residenciados conceptos tales como intereses legítimos —y su insoslayable relación con los derechos subjetivos—, con una innegable vertiente procesal y, por otro lado, la bipartición entre interés público e interés privado sobrepasa el ámbito de la dicotomía sustantivo-procesal y, por tanto, por fincarse el interés procesal— interés para actuar, *interesse per agire* —en la terminología italiana— o accionar, en el ámbito público.

Para Recasens, los intereses se clasifican en: individuales, públicos y sociales.⁷⁵ Son públicos aquellos intereses que le corresponden al Estado en cuanto tal, esto es, en tanto que la organización pública pueda tener determinadas necesidades. Los intereses sociales son aquellos que están residenciados en un *tertium genus* entre los personales y los públicos; en tales intereses confluyen intereses como la paz, el orden, la seguridad general —se incluye en ésta la seguridad en la eficacia de todas las normas jurídicas—, el bien común, progreso, cultura, conservación de los recursos naturales, existencia de un orden social que provea a todos con oportunidad y eficacia de estos bienes. Por último, serán intereses personales, todos aquellos atingentes a la personalidad, tales como la vida, la integridad corporal, libertad de movimiento, de creencias y de opinión, libertad de trabajo, etcétera.

En esta clasificación material de los intereses, es menester hacer referencia a la doctrina italiana. Como ha puesto de relieve Proto Pisani,⁷⁶ la única teorización sistemática se debe a Francesco Carnelutti, Santi Romano y Widar Cesarini Sforza, teorización que se remota a los años treinta; el propio autor en cita aclara que es preciso interrogarse en qué medida las aportaciones de aquéllos, son aún utilizables después de la profunda revolución operada en la Constitución de 1948 (particularmente en el caso de Italia y predicable al mundo de derecho escrito), con

⁷⁵ Recasens, *Tratado general...*, cit., p. 231.

⁷⁶ Proto Pisani, Andrea, “Appunti preliminari per un studio sulla tutela giuridizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario”, *Le azioni a tutela di interessi collettivi...*, cit., p. 263.

referencia a la sustancia de los intereses protegidos en el esquema del derecho subjetivo.

Carmelutti,⁷⁷ señala que todas las necesidades son individuales, advirtiendo que no existen las necesidades de la colectividad como tal. Cuando se habla de necesidades colectivas, se emplea una expresión traslatica, para expresar necesidades que son sentidas por todos los individuos pertenecientes a un grupo determinado.

Las consideraciones de Carmelutti, podemos decir, no son jurídicamente acertadas puesto que constructivamente, y por virtud de las ficciones jurídicas, se atribuye, a los efectos que al derecho interesan, más allá de la mera realidad física, personificación y voluntad a determinados entes, distinguiéndolos de los sujetos individuales que les integran. Sin embargo, es útil a nuestros fines, la bipartición que el autor en cita realiza, en cuanto a los intereses individuales e intereses colectivos, en razón que apunta que la situación favorable para satisfacer ciertas necesidades se pueda determinar respecto de un solo individuo o que, por el contrario, únicamente haya lugar a que se origine respecto de varios o todos los individuos.

Para el procesalista, el concepto de interés colectivo denota que la colectividad de los intereses es un dato esencialmente variable y tan lo es, que en virtud de su diversidad se forman los grupos sociales, tales como: la familia, sociedades civil o comercial, sindicatos, provincias, Estado.

En definitiva, la determinación de los intereses colectivos es función de los grupos sociales que se constituyen sin otro objeto que el de concretar la satisfacción de esos intereses.

La última distinción que Carmelutti propone, alude a un sincretismo de los dos apartados anteriores, combinando aspectos subjetivos y objetivo.

Así, hay intereses individuales que pueden ser mediatos respecto de los intereses colectivos, en el sentido de que el disfrute de bienes aptos lo son sólo para ser gozados por uno o más individuos del grupo, pero no para todos, sin embargo, tal hecho no impide que puedan llegar a constituirse en medios para la satisfacción de verdaderos intereses colectivos.

Lo anterior lo podemos esquematizar si pensamos que el desarrollo de un interés colectivo puede requerir, como medio, el disfrute de cosas o

⁷⁷ Carmelutti, Francesco, *Sistema de derecho...*, cit., pp. 17 y ss. Como antecedente de las concepciones carmeluttianas debe citarse a E. Bonaldi quien en su libro de *Tutela degli interessi collettivi* (Torino, 1911, pp. 175 y ss.), ya apuntaba que la tutela de los intereses colectivos es el principal punto de orientación de la actividad jurídica moderna.

energías humanas por parte de quienes, proveyendo al desenvolvimiento del interés mismo, funcionan como órgano del grupo.

Al hilo discursivo, citamos la clasificación de otro italiano. Vigoriti⁷⁸ califica al interés como instrumental, final, incompatible, común etcétera; para el autor, los intereses no designan posiciones de ventaja autónomas de calidad particular, sino que se refieren al tipo de relaciones existentes entre varias posiciones de ventaja.

En este esquema se inserta la expresión “interés colectivo”, la cual viene a denotar la existencia de una relación entre intereses de igual contenido, imputables a individuos diferentes, pero que se organizan para alcanzar un fin común.

En la perspectiva instrumental, en el ámbito del proceso penal, Bricola,⁷⁹ quien ha tratado la tutela de los intereses difusos y colectivos, se plantea una bipartición básica con fundamento en el tipo de protección jurídica que recibe el interés, a saber: el interés general, cuya tutela es confiada a la promoción, a título de monopolio, de la acción por parte del Ministerio Público; y el interés individual considerado desde la óptica del derecho subjetivo, cuya violación concreta un daño resarcible y cuya tutela es confiada al instrumento de la constitución de parte civil.

Para Bricola reviste especial atención en el derecho francés la distinción que se realiza, respecto de los grupos investidos de personalidad jurídica, entre tres tipos de intereses: primero, los intereses individuales de los integrantes del grupo; segundo, el interés social del grupo; y, tercero, el interés colectivo.

Lo que aquí interesa resaltar es que se entiende aquel último interés, como no exclusivamente propio de los que pertenecen al colectivo, sino más bien a todos aquellos que se encuadran en la categoría profesional, o situación semejante, a la que el grupo mismo se refiere, y que en el cuarto capítulo del presente trabajo abordaremos.

Para el autor de referencia, el interés colectivo se distingue del interés general, reconducible al Estado-comunidad, en que es tutelado en el proceso penal directamente por el Ministerio Público.⁸⁰

78 Vigoriti, Vincenzo, *Interessi collettive e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979.

79 Bricola, Franco, “La tutela degli interessi collettivi nel processo penale”, *Le azioni a tutela di interessi collettivi...*, pp. 105 y ss.

80 Es importante señalar que Bricola distingue los grupos en: sindicatos profesionales, asociaciones, personas jurídicas públicas y grupos sin personalidad jurídica. En cuanto a los sindicatos profesionales, el derecho ha de promover la acción civil en el proceso penal por la violación del interés colectivo que les ha atribuido, tal solución se encuentra en el artículo 11, libro II, del Código del Trabajo Italiano.

Por su parte, el interés general es aquel que hace referencia a la generalidad de los ciudadanos, por lo que es frecuentemente identificable con el interés público; su tutela penal apunta, sin consideración a la titularidad del interés, hacia el bien superior que constituye su objeto, en su valor objetivo e ideológicamente abstracto, el interés de todos por constituir el bienestar general.

Bricola introduce una nueva categoría de interés: el interés institucional, al que considera como modelo propio y exponencial del interés colectivo o difuso, que ha de delinearse de los bienes o intereses que constituyen objeto del patrimonio, también moral, de la figura exponencial.

Interés institucional es, pues, aquel conjunto de poderes inherentes a la organización y la acción (participación) del ente, en salvaguarda de su propio fin; el tipo de interés institucional se endereza a reforzar y reafirmar un derecho de participación que el ente ha conquistado en el terreno extrapenal de la actividad funcionalmente ligada a su fin institucional.⁸¹ Al decir del autor de referencia, en los casos de violación del interés institucional se da, indefectiblemente, la violación del interés difuso o colectivo, procediendo en estos casos la constitución en parte civil para el reclamo de los daños y perjuicios.

En continuo de la línea italiana, para Gasparri,⁸² existe o se da una primera contraposición a nivel de interés individual e interés colectivo, señalando que la conjunción de intereses comunes a diversos sujetos, constituye lo que se conoce como interés colectivo, en oposición al interés individual.

Corasaniti,⁸³ distingue, en la misma dirección que Gasparri, entre intereses individuales y colectivos, denotando a éstos en el sentido de supraindividuales o no referibles exclusivamente a un individuo.

No basta con la mera agregación en el polo subjetivo de un conjunto de titulares de intereses coincidentes, para obtener tutelabilidad, es preciso su aglutinación en torno a un sujeto, por así decirlo, colectivo que, además, excede de la mera ocasionalidad en su función portadora.

⁸¹ Bricola, Franco, "La tutela degli interessi collettivi", *Le azioni a tutela di interessi collettivi...*, p. 160.

⁸² Gasparri, *Introduzione alla analisi del pensiero giuridico*, Bologna, 1951, pp. 27 y ss.

⁸³ Corasaniti, Aldo, "La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario", *Rivelanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*. *Atti del XXIIIº Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, 22-24 settembre 1977, Centro di Studi Amministrativi della Provincia de Como, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, pp. 62 y ss.

Por su parte Giannini,⁸⁴ cuya aportación es decisiva en lo que hace a los intereses difusos, considera que el interés se proyecta en una triple dimensión, a saber: intereses públicos, intereses colectivos e intereses privados, los cuales desde la visión administrativa de Giannini, vienen considerados, ya en el momento de la decisión administrativa, en datos de ponderación sobre los que se despliega la discrecionalidad administrativa.

Siguiendo a Giannini, Cocco⁸⁵ clasifica los intereses en colectivo y público. Pardolessi,⁸⁶ en la línea de Bricola, determina que el interés de grupo es interés institucional, entendida germanamente como una *verband-sinteresse*.

El interés del grupo es el conjunto de las situaciones individuales que bajo él subyacen (*gruppeninteresse*). Se refiere, por tanto, a la idea de alteridad, en el ámbito de la personalidad y subjetividad jurídicas; el ente, persona o no, defiende su interés directo e inmediato, que se proyecta en un interés común instrumental.

Por otra parte, el interés individual es el relativo a los miembros que integran el ente, y que no asume relevancia sobre el plano jurídico formal.

De Vitta,⁸⁷ por su parte, clasifica los intereses en: individual, colectivo y social o general. Los intereses colectivos, se entienden como intermedios entre el interés individual —propio del sujeto privado, aisladamente considerado— y el interés en general o social que es el propio de la sociedad entera. En este sentido, sería portador del interés colectivo un grupo de sujetos, cuyos intereses individualmente estarían, por así decirlo, unificados en un fin común, comunitariamente persegurable.

Una categorización de los intereses que a los efectos de la presente investigación es importante es la que realiza Lugo,⁸⁸ quien adopta la distinción entre interés individual e intereses públicos generales. Para él, el interés de categoría en tanto perteneciente a un grupo de sujetos que se encuentran en una posición jurídica particular, jurídicamente relevante y

⁸⁴ Vale señalar la coincidencia de los autores con lo expuesto por Severo Giannini, Massimo, "Relazione al Convengo di Pavia", en *Le azioni a tutela di interessi collettivi...*, cit., pp. 23 y ss.

⁸⁵ Cocco, Giovanni, "Spunti problematici in ordine alla individuazione ed alla tutela degli interessi diffusi", *Rilevanza e tutela...*, cit., p. 348.

⁸⁶ Pardolessi, Roberto, "Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi", *Le azioni...*, cit., p. 246.

⁸⁷ Vita, Anna de, "La tutela giuridizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese. Aspetti Principali del problema e specificazioni in tema di protezione degli interessi dei consumatori", *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato (con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori)*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, p. 351.

⁸⁸ Cfr., su intervención en *Rilevanza...*, cit., p. 280.

por tanto identificables, no son interés general. En cuanto a lo que hace a nuestro tema, los intereses difusos, señala el caso de los intereses públicos generales que asumen particular relevancia respecto a una determinación colectiva, residente en una concreta circunscripción territorial, y son por esto confiados dentro de ciertos límites al cuidado del ente público territorial. Este criterio más adelante lo analizaremos.

Desde otra perspectiva, autores como Couture⁸⁹ realizan su clasificación según los intereses que en el proceso se tratan de dirimir y consideran al proceso como instrumento teleológico, explicable por su fin, ya que satisface al mismo tiempo el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción.

En virtud de lo expuesto, podemos colegir que las construcciones de la doctrina italiana en torno al interés, es en sí misma tan relevante que ha servido de modelo a los países latinoamericanos, de entre los que destaca Brasil por sus estudios en torno a los intereses difusos.

Al hilo discursivo, podemos citar a Barbosa Moreira,⁹⁰ que clasifica a los intereses con base en tres momentos o esquemas del desenvolvimiento de la relación jurídica y a tenor de un planeamiento conflictual o sociológico, así:

- En el primer momento nos encontrariamos, según nuestro autor, con una etapa más simple o de mero conflicto entre intereses individuales, con manifestación de fenómenos como el litisconsorcio o el de la intervención de terceros, convertientes materiales como la pluralidad de sujetos en determinadas obligaciones o la comunidad proindiviso.
- El segundo momento, se refiere al interés común de un grupo más o menos amplio de personas, interés que existe en razón del vínculo jurídico que las une a todas entre sí, sin llegar a situarse en el propio contenido de la relación plurisubjetiva, se presentan como manifestaciones de esta situación, el interés de los accionistas en la anulación —o declaración de nulidad en su caso— de un acuerdo de la junta general de una sociedad anónima; la responsabilidad del director por un acto lesivo al patrimonio social, entre otros. Como puede cole-

89 *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, 1977, p. 146.

90 Barbosa Moreira, Jose Carlos, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados Interesses Difusos”, en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Giuffrè Editores, 1979, t. V, pp. 26-74.

girse, fácilmente se distingue una relación de base, de la que participan todos los miembros del grupo y un interés derivado que, para cada uno de los miembros, nacen en función de tal relación, pero sin confundirse.

- Nuestro autor alude a un tercer momento, que se concreta en aquellos intereses comunes a una colectividad de personas, en donde necesariamente no se da una relación de base, esto es, el vínculo jurídico puede no existir o, incluso, ser extremadamente genérico, tal como sucede con el vínculo de pertenencia a una misma comunidad política; en estas situaciones el interés que se quiere tutelar no lo es en función del interés mismo sino, más bien, en relación a situaciones de hecho y mutables.⁹¹

Precisamente al último tipo de relaciones aludidas es en donde son susceptibles de configurarse los intereses difusos, que más adelante precisaremos. Por lo pronto, bástenos con estas breves referencias para pasar a otra clasificación *ratio materiae* que es, a saber: interés público, interés general e interés privado.

5.2. Interés público e interés general. Perspectiva iuspubliscística

Con el desarrollo histórico de la cultura liberal burguesa se ha dado, sincrónicamente, una progresiva emancipación del tráfico económico entre los hombres de cara a las ataduras e intervención del poder político público.⁹²

En la ya tradicional e inviolable esfera económica de lo privado se va abriendo paso, paulatinamente, un ámbito “social”, independiente y hasta enfrentando con la autoridad pública, que reúne los comunes intereses⁹³ en intereses públicos de los sujetos privados, particularmente en lo que se refiere a la regulación de su tráfico mercantil y de su posición ante el poder político.

Ese ámbito social, que se aglutina intermediariamente en las relaciones sociedad-Estado (y en el devenir también, en el Estado), es lo que configura y da forma a la categoría de los intereses públicos. Así, podemos

91 Lozano-Higuero Pinto, Miguel, *op. cit.*, p. 67.

92 Habermas, J., *Historia crítica...*, *cit.*, p. 18.

93 Como ya se sabe, la noción de interés común tiene sus raíces en la filosofía griega de Platón, Aristóteles, etcétera, y su determinante laicización en el pensamiento tomista.

decir que tales intereses se constituyen en la justificación del Estado liberal de derecho, quien se ha de valer de ellos para legitimarse ante sí mismo en su actuar, tanto administrativa como legislativamente.⁹⁴

5.2.1. *El interés público*

La iuspublicística, en el estudio particular de los intereses, ha venido a establecer una clasificación simple, conforme a diferencias específicas, entre los intereses privados individuales y el interés público o general.

No resulta ocioso señalar que ha sido lugar común la equiparación entre interés público e interés general, llegándose a su determinación como una unidad abstracta.⁹⁵ Tal asimilación ha llevado a la fórmula del interés público a operar como una cláusula general de legitimación de la acción de los poderes públicos.⁹⁶

Sin embargo, y si bien en su fase de Estado de bienestar la actividad del intervencionista del propio Estado se cubre con el manto legitimador del interés público, se evidencia paralelamente el despliegue de la actividad de los privados actuando públicamente y utilizando, precisamente, el mismo argumento legitimador.⁹⁷

94 Habermas, J., *Historia crítica...*, cit., pp. 18-19.

95 El proceso de institucionalización política se caracteriza por la energía de un organismo dotado de una vida propia y, bajo este título, encargado de proveer un interés específico. Ciento, en el origen de la institucionalización política, se sitúa un proyecto común una idea de "obra o empresa", según la expresión de Houriou, Maurice, *La théorie de l'intuition et de la fundation en la cité moderne et les trasformations du droit*, Paris, Bout et Gay, 1925, p. 10. Pero la institución ha tenido que desligarse de las voluntades individuales y colectivas que reunía. Al interés común se sustituye el "interés público", aquel de la comunidad en tanto tal, es representado por sus órganos dirigentes. Cfr., Rangeon, Francois., *L'ideologie de l'interet general*, Paris, Económica, 1986, pp. 28 y ss.

96 Recuérdese que en el siglo XIX a través de la interpretación que realizaba el Consejo de Estado Francés, el interés público equivalía al buen orden administrativo, a racionalidad legal, vid.: Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, t. II, p. 458; Drake, Esteban, *El derecho público subjetivo...*, cit., p. 30; Sánchez Morón, Miguel, *La participación...*, cit., p. 130; Habermas, Jürgen, *Sul concetto di partecipazione politica in Germania verso una società comunitaria*, Bari, 1968.

97 Es menester hacer notar que el interés público expresa una superación de los intereses particulares; tal superación significa, en principio, una negación. El interés público se distingue de los intereses particulares, es de otra naturaleza, expresa el rechazo de la limitación que implica su particularidad, su emancipación. El interés público no emana de los intereses particulares; les sobrepasa en un doble sentido donde, situado más allá de sus conflictos, los desploma y los domina. Entre el interés público y el interés particular se establece entonces una relación de jerarquía. El primero se impone al segundo al cual trasciende. El interés público se presenta, puro y único, como exterior y diferente de los intereses particulares, impuros y múltiples. Debido a una existencia propia, a una representación autónoma; y es que el interés público puede asegurar su superioridad y su supremacía sobre todos los otros intereses. En este caso, no hay entre el interés público

El fenómeno anterior no es sino manifestación de las presiones de los diversos intereses sociales e institucionales que se dan en el seno del Estado, adoptando, en su momento, el carácter de públicos. Baste señalar como ejemplo del fenómeno de publificación de los intereses privados la rama civil que, en sus orígenes, se consideraba netamente tutelar de los intereses privados, hoy guarda aspectos de neta relevancia y tutela de los intereses públicos.

Ante tales fenómenos, autores como Massimo Severo Giannini, ha denominado a la densidad sociológica de los intereses públicos “heterogeneidad de los intereses públicos”.⁹⁸

Hoy día no es pertinente la consideración; en clave subjetivista, del interés público como interés del Estado;⁹⁹ tampoco lo es el calificar de interés público a aquel que sirve a la realización armónica entre los asociados, pues éste criterio varía conforme a la situación y circunstancias históricas determinadas.¹⁰⁰

En la actualidad es más pertinente expresar el interés público desde un punto de vista sustancialista, con validez práctica general, por lo tanto, “hay que hablar de intereses públicos concretos, del interés público en plural y de intereses públicos heterogéneos”.¹⁰¹

En la necesidad de proveer a una definición de tal carácter se nos presenta el problema del procedimiento de identificación de cuáles han de ser determinados como intereses públicos y, una vez identificados, la utilidad que ha de atribuirseles. En este sentido, Alessandro Pizzorusso considera, en torno a la identificación de los intereses públicos, que:

todo acto jurídico dirigido a la tutela de los intereses públicos implica una actividad de identificación de los mismos, que consiste, por un lado, en una recepción de indicaciones derivadas de la determinación de tales intereses —realizados a través de precedentes actos o hechos jurídicos (los cuales operan, pues, como fuentes que los operadores jurídicos especifican a través de procedimientos más o menos complicados) y eventualmente incluso incons-

y los intereses particulares solución de continuidad; el interés público resulta de una ruptura con los intereses particulares. La ideología del interés general opera una conciliación entre el interés común, inmanente de los intereses particulares y el interés público, trascendente de estos mismos intereses.

⁹⁸ Giannini, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970, vol. I, p. 106.

⁹⁹ Weber, Max, *Economía y...*, cit., p. 498.

¹⁰⁰ Giannini, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo...*, cit., pp. 107-109.

¹⁰¹ Weber, *Economía y...*, cit., pp. 499 y ss.

cientes— y, por el otro lado, en una valoración directa del problema que está sobre el tapete para recabar también por esta vía indicaciones acerca del interés público a tutelar.¹⁰²

Tal determinación de los intereses públicos corresponde a las fuentes de producción jurídica: la ley y jurisprudencia, la contribución constante de influencias diversas, que derivan de las experiencias pasadas o de la decisión que cada operador jurídico realiza, en un momento determinado en el ejercicio de sus funciones.¹⁰³

Al hilo discursivo, podemos intentar una identificación de los *intereses públicos* en tanto son *finalidades concretas* que deben realizar los órganos y los entes públicos, y que en las entidades territoriales de base, se dan tantos intereses públicos como comunidades existentes en el ámbito de las mismas. La estructuración de la heterogeneidad de los intereses públicos y de los procedimientos de actuación son importantes al efecto de su recomposición en una unidad operativa.¹⁰⁴

Es menester indicar que la captación del interés público denota en su sustancia un concepto político, como en sus propios orígenes en el siglo XVIII, al igual que otros conceptos, *v. gr.*, la libertad, la igualdad, el orden público, contenido que les hace indefinibles. Esto es, tales expresiones denotan en apariencia una idea simple, toman diversos sentidos según la época,¹⁰⁵ los contextos y los individuos que las emplean. Son conceptos sin esencia fija, la fuerza de los conceptos es tal, que evocan mucho más de lo que realmente significan.

En el ámbito jurídico también estas palabras no tienen un contenido claro y estable, incluso se les puede considerar como *nociónes funcionales*, es decir, no tienen ninguna homogeneidad conceptual y se caracterizan únicamente por aquellas funciones que desempeñan, en tanto se les confiere una verdadera *unidad*. Según George Vedel,¹⁰⁶ en derecho

102 Pizzorusso, Alessandro, "Interesse pubblico e interessi pubblici", en *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedimento Civile*, 1972, pp. 57, 68-71.

103 Sánchez Morón, *La participación del ciudadano...*, *cit.*, pp. 132-133; Giannini, M. S., clasifica al interés público en razón del sujeto en: a) general: identifica a los órganos que tienen como función la dirección política de la comunidad; de intereses sectoriales; b) globales: el sujeto público se encarga de un interés sociológicamente considerado en toda su plenitud; puntuales: cuando se ocupa de un aspecto concreto de los mismos, hay concurrencia de otros sujetos portadores del mismo interés y; c) primarios y secundarios; *Diritto amministrativo...*, *cit.*, p. 110.

104 Pizzorusso, Alessandro, "Interesse pubblico...", *cit.*, pp. 57 y ss.; Sánchez Morón, *La participación del ciudadano*, *cit.*, p. 134.

105 Ver los criterios sostenidos por M. Hauriou y M. Weber, *op. cit.*

106 Vedel, George, *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980.

público, las *nociónes funcionales* se oponen a las *nociónes conceptuales*, es decir, aquellas cuyo contenido será determinado por los textos legislativos y reglamentarios.

La noción de interés público, cuenta con una larga historia: asociada a la idea de unidad de Platón, ligada a la idea de legalidad de los actos del soberano bajo al *anciene régime*. Durante la Revolución Francesa, el interés general penetra a través de los debates parlamentarios, los textos legislativos y reglamentarios y, consecuentemente, en las doctrinas políticas, momento en el que adquiere su matiz de interés público. Al decir de Maurice Hauriou, la noción de interés público es contingente, a tal punto que parece imposible dar una definición “válida para todos los tiempos y para todos los países, puesto que está en gran parte bajo la dependencia de las costumbres y de las transformaciones sociales”.¹⁰⁷

Podríamos cuestionarnos si la noción de interés común de los griegos (*to koiné sumpheron*) es idéntica a la que nuestros legisladores colocan bajo tal denominación o bajo la de interés público.¹⁰⁸

El ya referido intervencionismo estatal ha provocado una ampliación del ámbito del interés público: la cultura, la defensa de los consumidores, los espacios, la salud, entre otros, se catalogan como de interés público. No olvidemos que hemos asistido a un doble fenómeno de extensión y diversificación de la noción de interés público y del interés general.

5.2.2. *El interés general*

En la historia de las ideas políticas, la noción de interés general ha tenido múltiples significados. En el espacio su significado es, por una parte, transtística, esto es, la encontramos tanto en la doctrina de los estados occidentales como en la de los países socialistas (en éstos bajo la forma de la teoría del Estado de la totalidad del pueblo). Por otra parte, el interés general es una noción intraestática, esto es, se identifica a la vez con el interés del Estado y con el interés de toda institución que tenga por objeto reunir y trascender los intereses particulares de sus miembros. Sea en unos sea en otros casos, la noción ha adquirido múltiples nombres, cada institución la retoma por su cuenta en el discurso y lo adapta a su uso propio, conociéndolo bajo el nombre del interés de partido, interés de la empresa, interés sindical, etcétera.

¹⁰⁷ Hauriou, Maurice, *Précis de Droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 99.

¹⁰⁸ Rangeon, L' *ideologie de l'interet general...*, cit., p. 107.

Antes que cualquier otro aspecto lo que aquí nos interesa es señalar que los conceptos de interés público e interés general, independientemente del campo de su utilización, cumplen siempre una misma función, a saber: denotan e implican siempre la búsqueda de solidaridad social, de un consenso, el ir más allá de las opciones y de los conflictos.

Toda sociedad, grande o pequeña, descansa sobre un mínimo de integración: supone conjuntamente la persuasión y la controversia. Las nociones de interés público e interés general, son reveladoras de tal ambivalencia: búsqueda del consenso a través de la permanencia de los conflictos.

Se puede explicar el carácter contradictorio inherente a la noción de interés general, en tanto que es definida, generalmente, como la suma y superación de los intereses particulares.

La noción de interés general tiene una doble función; primera, de índole teórica que evoca un conjunto de sentimientos gregarios de solidaridad. Segunda, en el orden práctico, permite a los miembros de una institución representarse como una unidad y, en un sentido dinámico, su capacidad de superar divisiones.

La universalidad de la noción de interés general se explica por la necesidad práctica de toda sociedad, de superar sus antagonismos a fin de reconocer su propia identidad. El análisis de las formulaciones en torno al interés general o bien al interés público, permite descubrir un conjunto de representaciones por las cuales cada institución expresa su ser y se legitima. Cualquiera que sea el régimen político considerado, el interés general aparece como un principio de legitimación a reforzar la adhesión de los gobernados en la acción de los gobernantes.

5.3. Interés colectivo

El interés colectivo se refiere a comunidades unificadas, más o menos determinables en cuanto a sus componentes, esto es, se determina en función de la inclinación en su satisfacción de un grupo más o menos determinable de ciudadanos, percibido de manera unificada, por tener dicho grupo características y aspiraciones comunes.

El interés colectivo tiende a identificarse, bien con una organización social o centro de referencia, ya con una formación social o grupo intermedio, sin embargo no supone una suma de intereses individuales,

sino una calidad de los mismos que le proporciona una fuerza cohesiva superior.¹⁰⁹

Podemos decir que el interés colectivo se determina, en el cuadro de las funciones sociales, como el propio de las comunidades menores u ordenamientos particulares; no lo debemos confundir con el interés individual de la organización que constituye el sujeto exponencial o centro de referencia de esa comunidad, éste como su nombre lo indica sólo se constituye como representante del interés colectivo que le subyace. Más aún, el interés colectivo no se identifica de manera subjetiva con la identificación del sujeto portador, sino que existe una calificación objetiva del mismo en función de las finalidades específicas de un sector de la colectividad (o una comunidad) más o menos determinable. En esto se asemeja al interés difuso y puede, por tanto, decirse que es una especie del mismo.¹¹⁰

Los intereses difusos adquieren el carácter de genéricos en relación con los intereses colectivos, en tanto que éstos no son sino una especificación o sectorialización de aquéllos que se realiza con base en criterios subjetivos. En este sentido, se puede decir que existen tantos intereses como comunidades menores u ordenamientos particulares se integren, que se caracterizan —en tanto centro o grupos de referencias— por su permanencia o no ocasionalidad, sin embargo esto no siempre es factible. No obstante tal como lo referimos en nuestra introducción, a efectos de nuestro trabajo vendremos a utilizar, puesto que en el análisis cabe, los términos intereses difusos y colectivos, amén de ulterior precisión en el capítulo siguiente.

Podemos concluir que el interés colectivo no es sino una especificación del interés difuso que, tal como precisaremos *a posteriori*,¹¹¹ se diferencia éste de aquél en un elemento de tipo subjetivo.

Por otra parte y al efecto de dar completitud a nuestra exposición hemos de asentar que en el plano de la clasificación que venimos realizando, se presentan como nucleares tres conceptos en torno a los cuales la doctrina de los autores aún no se decanta en una posición unitaria de solución, nos

¹⁰⁹ Vita, Anna de, “La tutela giuridizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese”, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato...*, cit., p. 352.

¹¹⁰ Sánchez Morón, *La participación del ciudadano...*, cit., p. 127.

¹¹¹ Nigro, M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 107; Sánchez Morón, *La participación del ciudadano...*, cit., p. 125.

referimos a los conceptos de derecho subjetivo, derecho subjetivo público e interés legítimo.

6. PROCESO, JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA, LEGITIMACIÓN PROCESAL Y DERECHO SUBJETIVO PÚBLICO

En vía de principio hemos de asentar que la expresión *interés legítimo* es ambigua pues, como ya hemos visto, el *interés* es una situación de ventaja pretendida, en tanto que por *legitimidad* hemos de entender la facultad de disposición procesal.¹¹²

Hacemos este apercibimiento en función de que es habitual confundir la exigencia de interés legítimo, por parte del titular del derecho subjetivo público, con la justificación del alcance de su derecho para determinar la medida del daño a ser reparado. Son cosas diferentes pues el interés que debe justificar el accionante, no es el que abre debate sobre su derecho material, sino sobre el título que tiene para iniciar la acción, para poner en movimiento a la justicia, a fin de que el Poder Judicial efectúe la reparación objetiva que establece la ley.

La distinción que estamos refiriendo proviene de la introducción al análisis teórico de *pretensión jurídica material*, por parte del jurista alemán Windscheid quien con tal expresión produce una diferencia clara entre el clásico concepto de *acción procesal* con el nuevo de *pretensión*, que es la exigencia de subordinación del interés de otro al interés propio.¹¹³ De ese modo, la *acción* significaba el instrumento de guerra o pelea que el titular de un derecho esgrimía para imponer su interés sobre el interés de otro.

La idea de *proceso* como lucha entre las partes, está magníficamente descrita por Piero Calamandrei, para quien el proceso “depende de un suma algebraica de esfuerzos —de acciones u omisiones, de astacias o descuidos, aciertos o equivocaciones— y que, en relación a las partes en contraste, no importa tanto la justicia como la victoria”.¹¹⁴

Los extremos de la lucha procesal privada no pueden darse en el proceso donde se busca imponer la regularización del derecho público. Lo privado

¹¹² Sobre el concepto de legitimidad *vid.*: Enciso, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 196, citado por Drake, Esteban, *El derecho público subjetivo...., cit.*, p. 197.

¹¹³ Esta noción de pretención procesal debe de ser confrontada en Carmelutti, Francesco, *Intuiciones del proceso civil*, Buenos Aires, 1959; Chiavenda, “La acción en el sistema de los derechos”, *Ensayos, op. cit.*

¹¹⁴ *Cfr.*, Calamandrei, P., “El proceso como juego”, *Derecho procesal civil, cit.*

es el juego de la libertad disponible, que alimenta de energía al sistema en su integridad; el derecho público es la estructura que no puede quedar a disposición de las libertades individuales pues de no ser así, las libertades individuales no serían posibles.

La distinción introducida por Windscheid hace posible plantear el dualismo derecho procesal-derecho material, de forma tal que son diferentes el derecho subjetivo de una relación entre las partes y la acción judicial como la relación entre el titular del derecho subjetivo y el juez. Cuando el derecho procesal regula los presupuestos de admisibilidad de la acción judicial, está planteado la cuestión de la legitimación del título que ostenta quien ejerce la acción, sin que ello implique que deba de fundamentar las razones del derecho que le asiste para imponer su pretensión.

Lo que debe justificar el titular del derecho subjetivo público afectado, no es la materialidad de su derecho, sino a qué título se presenta o, por mejor decir, a quién representa para poder poner en movimiento el aparato jurisdiccional.

Cuando se le exige al titular de la acción procesal tener un derecho subjetivo afectado por la violación del derecho objetivo, él no debe probar la materialidad de su derecho, sino que sólo formalmente pertenece a la categoría de sujetos que la ley ha tenido en cuenta para regular sus relaciones y los efectos de éstas, sobre todo cuando se encuentran en conflicto.

Como acertadamente ha señalado Drake,¹¹⁵ tal situación implica, en los juicios presentados ante la jurisdicción administrativa, que los jueces efectúen un doble acto de control jurisdiccional: por un lado, juzgan sobre la corrección de la representación que ejerce quien ejercita la acción; esto es, sobre la legitimidad del título para abrir el proceso. Por otro lado, y en una instancia de carácter material, juzgará sobre si la autoridad administrativa ha violado la regularidad legal o no (*rectius* principio de la legalidad en la actuación de la administración pública).

Como podemos colegir, en la jurisdicción administrativa no se discute el alcance material de los derechos subjetivos del accionante, sino el contenido objetivo de la ley y la medida de su violación. En cambio en los juicios civiles, el juez ejerce ambos controles en un solo acto, pues

¹¹⁵ Drake, Esteban, *El derecho público subjetivo...*, cit., pp. 198-199.

analiza si está justificada la representación procesal en juicio y si hay violación del derecho subjetivo que esgrime el accionante.

Lo antes dicho nos permite una distinción en la legitimación de la acción judicial. En tratándose del ejercicio de los derechos subjetivos frente al Estado, por exceso en el ejercicio de las funciones administrativas o públicas (exceso de poder), la legitimación procesal es indirecta o por representación de la categoría de sujetos previstos en las disposiciones legales. Cuando se trata del ejercicio de una acción civil, para imponer una pretensión frente a otro, la legitimación procesal es directa, pues emana “directamente” de la violación concreta que le ha sido inferida a su derecho subjetivo.

Claro está que si bien es cierto que el derecho subjetivo público no implica una pretensión procesal, en el sentido de lograr imponer su interés a otro, ello no suprime la idea de una pretensión a la observancia de la legalidad objetiva. Esto se corresponde con el esquema de Jellinek¹¹⁶ respecto al *status positivus civitatis* que ubica al individuo como miembro del Estado, en tanto pretensor o contralor de la correcta aplicación de la ley; decimos pretensor en el sentido correspondiente —que no equivalente— a como lo es el propietario para reclamar la reparación de daños a su propiedad o como lo es el “habitante” para recibir protección del Estado.

La situación antes señalada significa que el titular de un derecho subjetivo público guarda una doble calidad: primera, un *status positivus* integrado por su pretensión a lograr la correcta aplicación de la ley y, segunda, un interés legitimado por su pertenencia a la categoría de sujetos contemplados por el ordenamiento específico.

En definitiva, lo que venimos a sostener es que la exigencia de la legitimación subjetiva en el ejercicio de las acciones públicas, lo es sólo para abrir la acción, y que la reparación al accionante no se fundamenta en la legitimación, sino en la violación del derecho objetivo que es lo que precisamente da origen al derecho subjetivo que se defiende.

Lo anterior significa que cuando se inicia una acción pública dirigida a obtener la reparación individual —se trate de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, tenga o no contenido patrimonial— como consecuencia de la violación de la regularidad legal, dicha pretensión —que no es la pretensión propia de la acción civil, porque no se trata de imponer un

¹¹⁶ Jellinek, *Sistema dei Diritti...*, cit.

interés individual al interés del Estado— se basa en un derecho subjetivo que sí opera como reacción de la libertad frente al incumplimiento de la legalidad. En este punto el *interés individual* —patrimonial o extrapatrimonial— del demandante no es sólo un interés propio, sino también el interés público que se realiza en la reparación del daño. En cambio, cuando la acción pública busca la regularidad legal, lo hace como un derecho subjetivo propio, el derecho que la sociedad no ha delegado, que es *a priori* a la organización estatal, al ejercer el control de los desvíos administrativos en la aplicación de la ley.

Cuando la teoría considera que el recurso por exceso de poder es puramente objetivo, entendiendo que no hay ningún derecho en juego; se trata sólo de saber si un acto es o no ilegal, para producir la anulación.¹¹⁷

Mientras en las relaciones privadas que actúan en el tráfico de los negocios particulares, la acción judicial posibilita una inacabable agregación de intereses, en la acción pública no se agregan intereses mutuos o recíprocos, pues sólo se protege la regularidad de la aplicación de la legislación. Está claro que desde una perspectiva sistemática en las relaciones privadas, se instaura la demanda a fin de obtener el cumplimiento de las obligaciones o el resarcimiento patrimonial, en tanto en las relaciones públicas, el accionante controla la regularidad del sistema jurídico general. De ser esto así, ¿es razonable continuar con la exigencia de legitimación por representación de la categoría de interesados afectados por la ley? Estas cuestiones deberán ser resueltas a la luz de una concepción abierta de acción judicial pública y no sectorializada.¹¹⁸

La distinción entre legitimación directa civil y legitimación por representación (o indirecta) pública, nos remite la cuestión de la igualdad o desigualdad en que se plantean ambas relaciones. En la legitimación directa, si bien el demandante pretende imponer su interés, lo hace en una perspectiva igualitaria en relación con el demandado. En la legitimación indirecta, si bien el demandante no puede pretender imponer sus intereses frente al interés público, lo que busca es lograr una prestación impuesta, basada en la desigualdad que resulta del poder que esgrime el Estado.

117 Komprobst, *Notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, L.G.B.J., 1959, p. 399.

118 Cuando García de Enterría sostiene que “la legitimación para interponer la acción... es simplemente la condición material del danado”, como él mismo aclara, “remite... a la cuestión del fondo del proceso”, por lo cual no parece posible “distinguir la cuestión de fondo de la legitimación”. *Vid.*, el prólogo de García de Enterría al libro de Leguina Villa, *La responsabilidad civil de la administración pública*, Madrid, Tecnos, 1970.

En la relación privada, ambas relaciones —de igualdad civil y de desigualdad civil y de desigualdad procesal— van juntas, pues también allí el proceso es una imposición de prestaciones desde el poder del Estado.

En la relación pública el interés privado no cuenta, salvo para movilizar las razones de interés público. Si se continúa con la exigencia en el proceso público, de probar el interés privado del demandante, esto se debe en gran medida a un resabio que no ha sido analizado suficientemente, de las exigencias patrimoniales del proceso privado.¹¹⁹ Porque cuando el juez administrativo resuelve, no lo hace en virtud de los intereses privados, como en el caso del juez civil, sino aplicando derecho público y atendiendo a los intereses públicos.

Entonces, si lo privado en los juicios públicos resulta una cuestión subordinada, en virtud del carácter reaccional de su invocación, ¿por qué continuar con la exigencia de condicionar lo principal que es el interés público, a lo accesorio que es el interés privado?

Parece claro que en la jurisdicción administrativa, el accionante no ejerce acción propia, sino una acción pública. El interés legítimo que se exige esgrimir como presupuesto de admisibilidad de la acción, y no como fundamento de una pretensión particular existente, lleva a dejar al interés público desprotegido y sin reparación su afectación.

Si bien tal situación es anacrónica en la jurisdicción administrativa, en la acción civil no lo es, porque en ella, la legitimación procesal es una cuestión de fondo, pues proviene y encuentra sustento en un derecho propio. Si el anacronismo es patente cuando la acción pública resulta de la circunstancia de haberse prevalecido un particular de una habilitación administrativa tergiversando su utilización, con mucha mayor razón resulta anacrónica la exigencia de interés legítimo cuando ha sido el propio Estado el que ha provocado la lesión a la legalidad objetiva.

Lo anterior no significa que la legitimación que se requiere para la defensa ante los tribunales de los derechos públicos subjetivos, la cual tiene carácter indirecto y por representación de intereses sociales, no sea un derecho subjetivo del ciudadano a la apertura de la tutela jurisdiccional y que, como derecho subjetivo, no encuentre fundamento en la propia esencia de la libertad humana. El derecho a la acción pública es un derecho reconocido constitucionalmente.¹²⁰ Más aún, no negamos el derecho subjetivo

¹¹⁹ Almagro Nosete, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984.

¹²⁰ En México, el derecho de acción se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Constitución; por citar otro ejemplo atiéndase a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Española.

o interés legítimo que el ciudadano tiene a la reparación del daño, patrimonial o no, que le hubiere ocasionado el Estado por violación de la ley; como ya lo hemos establecido, el ciudadano tiene tal derecho como reacción a la violación de la ley, claro que resulta lógico que para cobrar una indemnización o para obtener una reparación individualizada, ha de probar y justificar su título para verse beneficiado con dicha reparación, pero ésta es una cuestión de otro carácter.

Roberto Dromi ha dejado en claro la cuestión de la legitimidad. Para este autor, el único argumento práctico que podría ser válido para continuar con la exigencia de la legitimación procesal cerrada, a quienes invocan intereses simples o de portación difusa, o que en su caso propugnan por la legalidad objetiva, es que la apertura del proceso avasallaría con recursos a los tribunales, por el contrario, con la mitad de la agudeza que gastan los jueces en buscar argumentos para declarar la inadmisibilidad de un recurso, “podrían resolver el fondo del asunto”.¹²¹

Como sostiene García de Enterría,¹²² es necesario que se haga a un lado el tema de la legitimación para entrar al fondo del asunto, que es la violación de un derecho objetivo, dado que si tal violación se produjo, parece increíble sostener que no ha habido violación a un derecho subjetivo, de esta manera, el carácter reaccional del derecho subjetivo público posibilitará a los particulares fiscalizar la totalidad de la legalidad administrativa y no sólo la pequeña porción que entra en juego en la vida jurídico-administrativa a propósito de los derechos públicos subjetivos de carácter tradicional.¹²³

6.1. El papel de los derechos subjetivos y derechos subjetivos públicos: instrumentos para salvar las exigencias de afectación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo

Si bien en la teoría alemana de los derechos públicos subjetivos se da la exigencia de justificar la lesión de un derecho subjetivo como *conditio sine qua non* para la procedencia de la acción, tal exigencia se debe, como ya hemos asentado a un resabio del patrimonialismo estamental, donde los derechos públicos al cargo se adquirían como propiedad privada.

121 Dromi, Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Bogotá, Temis, 1980.

122 García de Enterría, Eduardo, “Los derechos públicos subjetivos”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, Chile, Universidad de Chile, 1975, p. 78.

123 *Ibid.*, p. 79.

En el derecho francés, por su parte, la doctrina elaborada por el Consejo de Estado en vía del recurso por exceso de poder, fue evolucionando hasta exigir solamente la justificación de un interés simple del accionante, no por razones patrimoniales, sino en aras de las facultades cívicas que detenta el pueblo en virtud de haber elegido a sus autoridades.

El mérito de introducir el concepto de derecho subjetivo público es obviar la cuestión de un interés particular en la defensa del interés público. Si se exige la subjetivación del derecho público es en razón de que el ciudadano, en su calidad de individuo, no debe desatenderse del bien común y de los intereses sociales. Así, se entiende que él actúa en nombre de la sociedad.

Los supuestos en los cuales se exige la existencia de un interés simple al accionante, se hace en función de un criterio de pertenencia a un grupo social afectado, más que como defensa de una situación personal.

Consideramos necesario apuntalar nuestro argumento. Para actuar en representación y que se pueda legitimar la acción es menester la pertenencia a un grupo social definido, tal como sucede en el caso de los miembros de las asociaciones profesionales, cuando se otorga la acción a cualquiera de sus miembros. O, refiriéndonos a nuestro tema de investigación, en el supuesto de la protección de los portadores de los intereses difusos, el sustento de la acción es probar la lesión del interés público del grupo.

En ninguno de los dos casos antes citados, la subjetivación de la representación implica probanza del interés individual, pues en las acciones públicas que ponen en ejercicio el derecho público, sólo hay intereses subjetivos. Lo que no significa que el derecho subjetivo público sea un reflejo de la violación del postulado de legalidad por la administración pública; al contrario, y parafraseando a García de Enterría, es una reacción del poder público que tiene cada ciudadano, como derecho propio, para salvaguardar la regularidad de la aplicación de la ley. Es la forma de concretar el poder de control que tiene la sociedad y que el esquema clásico de la división de poderes ha dejado, tradicionalmente, sin realizar.

De esta forma, se vencen las complicadas cuestiones de filosofía jurídica, dirigidas a distinguir conceptos muchas veces superpuestos, tales como interés simple, pretensión, interés legítimo, derecho subjetivo o acción procesal.¹²⁴

¹²⁴ Como lo muestra la doctrina, la categoría de interés legítimo es un verdadero enigma en la ciencia jurídica.

El *interés simple* no es todo deseo o apetito individual, sino el interés alcanzado o alcanzable por los efectos irrazonables de una ley o de un acto administrativo.

El *interés legítimo* es el que surge por el reconocimiento de la propia ley, cuando ésta tiene una comunidad de destinatarios a quienes se dirige y uno de ellos lo invoca.

El *derecho subjetivo* es la respuesta a la lesión individual provocada en la universalidad jurídica de la personalidad humana, por la aplicación de una ley irracional, por la aplicación irracional de una ley correcta, o la pretensión a las ventajas que cada ciudadano tiene por la derivación de la ley (concepto de Bachoff).¹²⁵

Es interesante cómo la jurisprudencia española ha definido al interés como “el perjuicio que el acto administrativo cause” o el “beneficio que de su eliminación resulte”, con lo cual el concepto se superpone al de derecho subjetivo.¹²⁶

Al decir de García de Enterría, la verdadera motivación de un administrado cuando recurre a la justicia frente a la administración es buscar la reparación de su interés personal afectado. Debemos reiterar que una cosa es la motivación individual y otra el fundamento que justifica la reparación judicial, y que por razones de orden y economía procesal se exija la justificación de un interés cuando se persigue, además de la reparación de la ley, una satisfacción patrimonial, o una reparación del derecho subjetivo lesionado, circunstancia ésta que no implica que la reparación subjetiva no interese también al orden público, pues el daño lo provocó un acto administrativo, más aún porque entre los ciudadanos y el Estado no hay pretensiones que imponer o negocios que realizar.

Lo anterior lleva a una consecuencias sin solución de continuidad: no sólo ha lugar a la reparación del daño, sino que también hay anulación del acto administrativo.

Veamos que en aquellos supuestos en que es exigido el interés como condición para plantear la acción, no hay razón alguna para que el destinatario de un acto legislativo general de carácter irregular, deba esperar a que en aras de la aplicación de la norma general se concrete el daño para reclamar la reparación. Esto es así, en razón de que se trata de dos situaciones completamente diferentes: la irregularidad del acto nor-

¹²⁵ García de Enterría, “Los derechos públicos...”, cit., p. 52.

¹²⁶ Ibid., p. 46.

mativo general, que afectará a uno o más destinatarios según el caso, y la lesión concreta a cada ciudadano cuando el acto irregular es aplicado.

El *derecho subjetivo público* tiene la función de impugnar, con carácter preventivo, la irregularidad; el *derecho subjetivo* busca la reparación de un daño. No debemos aceptar el argumento de que el derecho cumple una función preventiva, de hacerlo sería tanto como negarle la calidad de derecho al orden objetivo de la conducta y reconocérselo sólo a su puntual aplicación.

En consecuencia, no hay razón para negarle a la sociedad, expresada a través de cualquiera de sus ciudadanos, el derecho vigila la observancia, por parte de la administración, de la legalidad objetiva; si es cierto que el derecho subjetivo es una situación reaccional¹²⁷ frente a un daño, nada autoriza a sostener hoy que hay daño a la sociedad cuando hay irregularidad administrativa, y en tal caso que la misma situación de reacción justifica el derecho subjetivo público.

6.2. Los derechos públicos subjetivos: instrumento de protección social

En vía paralela al hecho incuestionable de que los administrados tengan derecho subjetivos individuales de cara tanto a la administración pública, como a los restantes poderes del gobierno,¹²⁸ existe otra verdad: el derecho subjetivo público regula, en forma principal, el ordenamiento de intereses colectivos, cuya satisfacción no puede ser reclamada por vía del derecho a la jurisdicción privada.

En este momento podríamos plantearnos las siguientes cuestiones: ¿A qué tipo de acción podemos recurrir para exigir el cumplimiento de las normas que regulan el funcionamiento del Poder Legislativo (Parlamento), de los consejos deliberantes o de las juntas vecinales, cuando sus propios miembros son los que incumplen la ley? ¿A través de qué acción se puede exigir el cumplimiento de la ley que obliga a la dependencia responsable de controlar la potabilidad del agua, cuando es su propio personal el que permite su contaminación? ¿Invocando qué acciones se puede exigir que la administración, Secretaría del Medio Ambiente, cumpla la ley que ordena proteger los recursos naturales de la contaminación ambiental?

Consideraremos que no es válido, en relación con el equilibrio dinámico del sistema político, dejar a la legislación que opere como si contuviera

¹²⁷ Roubier, Paul, *Les droits subjetifs publics*, cit., p. 225.

¹²⁸ Derechos que emana de la voluntad del legislador, de los contratos, de la responsabilidad extracontractual por daño.

normas de carácter moral o de conveniencia política. Al decir de García de Enterría, “la cuestión alcanza una importancia de primera significación en el derecho público, quizás como muy pocas”.¹²⁹

El derecho no puede dejar de proteger la reparación de infinidad de daños que la omisión, deliberada o culposa, de los funcionarios públicos puedan ocasionar a los intereses de la sociedad. Los intereses públicos merecen una protección más intensa que los intereses privados: desgraciadamente no la tienen.

Resulta incuestionable que el interés público no puede dejarse sujeto a la implementación procesal de la acción privada. La administración puede violar la Constitución y las leyes sin lesionar los derechos individuales: el derecho subjetivo, como acción judicial privada, es insuficiente para garantizar la supremacía de la Constitución, supremacía que no debe de declinar, precisamente, cuando son los intereses de la sociedad los que están en juego.

Pensemos en la trascendencia del caso y preguntémonos, ¿cómo pueden los particulares exigir el cúmulo de ordenamientos que conforman el derecho objetivo, de los reglamentos administrativos y las leyes que regulan el funcionamiento de la administración central y de la descentralizada?; ¿cómo podemos lograr que sean respetados los planes de desarrollo urbano, las normas de salubridad, las normas sobre turismo, la legislación sobre protección al consumo y al medio ambiente, legislación ésta de interés social?

Qué duda cabe que el reconocimiento de los derechos públicos, en estos términos, se constituyen en la válvula de seguridad del sistema. Estos derechos pueden accionarse por “incompetencias” o por “exceso de poder”, cuando exista perjuicio a los intereses públicos de la sociedad, prescindiendo de los derechos subjetivos afectados; igualmente procede su ejercicio en los casos de comisión de vicios formales o cuando se produzca la desviación de poder.

No es desconocido para los expertos en la comparación jurídica de ordenamientos que prescriben como exigencia justificante de accionar ante los tribunales, sólo si se tiene un interés simple, tal como ocurre en el recurso por exceso de poder en el derecho francés; o bien, la exigencia de la precisa afectación de un derecho subjetivo para ejercitar la acción, como ocurre en el derecho alemán.

¹²⁹ García de Enterría, Eduardo y Ramón Tomás Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1989, p. 38.

En contraste con los referidos sistemas, la experiencia comparativa también nos冒着 un claro avance en la protección de los intereses colectivos. La muestra más clara en este sentido es el derecho anglosajón, particularmente el derecho norteamericano y el inglés, en donde se prevén la existencia de las *class actions*, la *interest public action*, de la *derivate action*, figuras jurídicas que trataremos en el capítulo respectivo. En tales sistemas y en razón de la funcionalización de las figuras consagradas, se prescinde de la necesidad de justificar interés alguno por parte del accionante, en virtud de que se admite la acción por representación, circunstancia ésta que, sin lugar a dudas, las convierte en instrumentos jurídicos idóneos para la tutela de los intereses difusos.

Desde luego que somos conscientes de que no se puede generalizar el remedio en todos los casos por lo que proponemos las siguientes soluciones a la problemática de los intereses difusos y colectivos, en este caso, sociales:

1. Acciones populares, en las que el accionante no debe justificar interés directo en el asunto, cuando los intereses en juego sean de tal carácter que comprendan la generalidad de la sociedad. Ahora bien, en función de cuál sea el ámbito personal de validez de la ley, será la amplitud de la legitimación procesal requerida.
2. Acciones populares que requieran la justificación de un interés simple por parte del accionante, es decir, justificar que aun no habiendo sufrido lesión en un derecho, se encuentra en situación de recibir los efectos dañinos de la violación de la ley. Como podemos aludir en el caso del vecino que impugna un acto administrativo, autorización municipal, consistente en establecer un club nocturno que pueda alterar la vida del vecindario.
3. Acciones públicas que únicamente exijan la invocación de un interés difuso, en representación de la clase de habitantes que están en la misma situación, sin que sea necesario probar la afectación real del interés en juego. Como en el caso de los usuarios y de los consumidores, aquí desde luego se trataría de la *class action* anglosajona, de posterior análisis en la presente investigación.
4. Otorgar la representación de los intereses difusos o colectivos a determinadas asociaciones o sus representantes, para tener derecho a accionar en favor de dichos intereses. Tal como sucede en el caso de las asociaciones profesionales o de las asociaciones de interés habilitadas para ejercer dichas acciones; incluso podríamos atrever-

nos que los partidos políticos pueden ser habilitados para la defensa de los derechos cívicos de los ciudadanos.

5. Concentrar la defensa de los referidos intereses sociales y la protección del derecho objetivo frente al exceso de poder por parte de los órganos públicos, en los órganos de ejercicio que la comunidad representa como es el caso del Defensor del Pueblo (artículo 54 de la Constitución Española) o bien, del Ministerio Fiscal (artículo 124 de la Constitución Española).

Hasta aquí hemos de dejar estos breves señalamientos en torno a la legitimación y a los derechos públicos subjetivos, pues creemos que nos dan una clara idea de las concepciones hasta ahora argumentadas y que son útiles, a nuestro parecer, en la medida en que se les quiera dar operatividad plena en los ordenamientos en los que haya verdadera intención de tutelar a los portadores de intereses difusos y colectivos.

Por otra parte consideramos que lo dicho en esta sucinta exposición, nos permite pasar el estudio particular de los intereses difusos y colectivos, a su tutela jurisdiccional. A tal efecto hemos de señalar que los criterios de recognocibilidad y tutela de los intereses difusos y colectivos se orientan conforme a las siguientes apreciaciones:

- a) Estas figuras (en ocasiones reunidas comprensivamente en un término y, en ocasiones, en otro) no constituyen un *tertium genus* respecto a las figuras tradicionales de interés legítimo y de derecho subjetivo;¹³⁰
- b) La distinción entre las dos figuras es proporcionada, con criterio necesario y suficiente, por el nivel organizativo del grupo de personas que persiguen o tienen un determinado interés sobre un *lebensgüt*.¹³¹

¹³⁰ Entre los sustentadores de esta posición, ver en particular: Vigoriti, *Interessi collettive e processo....*, cit., p. 25; Corasaniti, "Profili generali di tutela giuridizionale contro danno ecologico", *Impresa, ambiente, pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1977, t. II, p. 799; Luciani, "Il diritto costituzionale a la salute", en *Diritto sociale*, 1980, p. 803.

¹³¹ Que la doctrina y la jurisprudencia estén orientadas en el sentido de que el interés sea un "interés latente en la comunidad pero carente de titular, esto es, sin dueño, y el interés colectivo... aquel que, emergiendo del estado de latencia, se concentra en torno a un grupo, pero es espontáneo y organizable sólo en función de aquel interés..." lo recuerda Caianiello, Vincenzo, "Introduzione al tema del Convegno", en *Rilevanza...*, cit., p. 26.