

II. EXTRANJERO

LOS INTERESES DIFUSOS: UBICACION CONSTITUCIONAL; TUTELA JURISDICCIONAL Y «ACCION POPULAR DE MASAS» (En torno a la revisión de la Constitución Portuguesa de 8 de julio de 1989) (*)

SUMARIO: 1. Ubicación institucional de los intereses difusos. — 2. Tutela del ambiente y legitimación procesal. — 3. El artículo 52 de la Constitución de la República Portuguesa: «la acción popular de masas» para la defensa de los intereses públicos difusos.

1. UBICACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS INTERESES DIFUSOS

La constatación de que existen intereses pluriindividuales, comunes a parcelas significativas de la sociedad, sin el debido reconocimiento jurídico, produce la sensación de que el Estado no representa hoy, totalmente, la relación «poderes públicos-sociedad».

Mientras que el Estado liberal absorbía en su organización todo y cualquier conflicto con la sociedad, siendo apenas posible la aparición de relaciones conflictivas entre el individuo y el Estado, en cambio, el Estado social se revela incapaz de absorber los conflictos entre la sociedad y los poderes públicos haciendo visible la existencia de tensiones sin resolver en el área de los intereses difusos.

Se trata, en suma, no sólo de un problema de legitimación de los poderes públicos, sino también de una cuestión que afecta a la justificación y función del Estado, en cuanto sujeto institucional.

En realidad, quienes pretenden defender los intereses difusos desdanan una realidad: un área del Estado que se retrae, dejándola al descubierto, lo que es paradójico a la luz de la fenomenología del Estado social.

Esto es grave porque, en mi opinión, o bien el Estado ordena a la sociedad o se convierte en su parábola.

(*) *N. del T.*—La Ley Constitucional 1/1989, de 8 de julio, ha aprobado la segunda revisión de la Constitución de la República Portuguesa de 2 de abril de 1976 («Diario de la República», Serie I, núm. 155, de 8 de julio de 1989). La primera revisión se produjo por Ley Constitucional 1/1982, de 30 de septiembre («Diario de la República», Serie I, núm. 227, de 30 de septiembre de 1982). Fue publicada también en el «Boletín de Legislación Extranjera» de las Cortes Generales, Nueva Epoca, núm. 14, noviembre de 1982.

La traducción al castellano de la *segunda revisión* de la Constitución de la República Portuguesa, realizada por Mariano DARANAS, se ha publicado en el mismo «Boletín de Legislación Extranjera», núm. 97, septiembre de 1989.

La tutela de los intereses difusos plantea serias dificultades a la organización y a la actividad de la Administración Pública que hasta ahora no se ha resuelto porque falta afrontar el problema de la subjetivación de los intereses difusos (mutación genética de los intereses difusos en interés colectivo).

Bajo un aspecto en parte distinto, situando el problema en el interior del Estado (aspecto institucional) el interés difuso nace de la crisis de la representación política. Este tipo de representación no totaliza hoy el consenso de la sociedad moderna. El interés difuso puede ser entendido como una exigencia de nuevas formas y de nuevos canales de legitimación de las actividades de los poderes públicos y de la participación de los ciudadanos.

En el terreno de lo social, el interés difuso representa también un conflicto interno de la sociedad, de modo que la exigencia o petición de protección de este tipo de interés es el camino a seguir para la afirmación de nuevos procesos de legitimación y de la conformación de nuevas representaciones.

La tutela de los intereses difusos, al colocar el acento en el ciudadano y en su individualidad asociativa (en cuanto miembro de la comunidad) contribuye a ampliar la esfera pública, el espacio público o espacio de las libertades y de los derechos colectivos. Hoy los problemas surgen no sólo en torno al aprovechamiento de los bienes económicos, sino también en relación a los que afectan al «mundo vital», como dice HABERMAS (calidad de vida, ambiente, derecho a la información, etc.). Todo ello implica necesariamente una teoría de la acción comunicativa que conduce a la «procedimentalización» de la Administración Pública (1).

Sin embargo, todavía la organización del Estado, tanto desde el punto de vista legislativo como desde el punto de vista administrativo, continúa privilegiando las relaciones en que las posiciones particulares y las posiciones públicas se presentan constituidas fuera de cualquier mediación social.

Es obvio que esta situación se refleja en todo orden de relaciones entre el Estado y el individuo y, por tanto, proyectada en las diversas legitimaciones procesales (ordinaria, administrativa y procesal) que no incluyen los medios procesales necesarios para la tutela de los intereses difusos.

La consecuencia más importante, aunque poco advertida, consiste en que el Estado no puede lograr la eficacia de su propia organización y que las leyes no tienen capacidad para desarrollar su función pacificadora y su función de justicia. Crisis de la ley acentuada por el fenómeno de la *deregulation* que es, también, una amenaza para los intereses difusos.

Así, la Administración Pública tiene que desenvolverse en una pluralidad desordenada de sujetos, siendo por ello incapaz de la imparcialidad y de la eficacia exigida por el artículo 266 de la Constitución de la Repúbli-

(1) No es por casualidad que HABERMAS, en sus últimas obras, haya prestado especial atención a los procedimientos en relación con los intereses morales y los intereses públicos, como forma de evitar la colonización del *Lebenselt* (*Wie ist Legitimität durch Legaltät möglich?*, en «Kritische Justiz», 1987, págs. 1-16).

ca, y los jueces se ven necesariamente impelidos a realizar un papel de composición o mediación de conflictos en relación a los cuales se comportan en parte como aplicadores de la ley y, en parte creciente, como intérpretes autónomos de las exigencias de la justicia y de los correspondientes presupuestos de hecho.

En suma, el ordenamiento jurídico parece refugiarse en la función jurisdiccional que de este modo se potencia más allá de su propia naturaleza. Ello explica, probablemente, por qué los intereses difusos van a tener tan enorme proyección y a suscitar tan gran polémica, casi exclusivamente en el ámbito de la tutela judicial. Y esto, tanto más cuanto que hoy se asiste a la pérdida de coherencia del Estado central que ve transferidas sus competencias a niveles supranacionales (CEE) e infranacionales (autarquías locales), con la consecuencia de que la función judicial es hoy una de las pocas funciones residentes (y, por eso mismo, más importantes) en el Estado-Nación. Se está produciendo en nuestros días, sin duda, un vaciamiento del Estado-Nación, a pleamar y a bajar, y de ahí la crisis del interés público y de la propia ley (2).

En mi opinión, el empobrecimiento de la función legislativa, en virtud de la escasa representación política del parlamento, ha conducido a un igual empobrecimiento de la Administración Pública. En el momento en que la Administración Pública «como función» da lugar a la exaltación de la Administración «como organización de sujetos», los intereses sociales intentan traducirse (e introducirse) en intereses públicos, como contenido de los poderes de los sujetos públicos. Se trata, pues, del fenómeno del neocorporativismo con la consiguiente privatización de los intereses públicos (3).

De ahí derivan dos consecuencias: la más importante es la dificultad de la Administración Pública de mantener la imparcialidad y el buen funcionamiento que prescribe la Constitución de la República Portuguesa debido a que todo interés subjetivo, incluso el interés público es parcial; la otra, concomitante, es la canonización de los intereses públicos lo que también implica su esclerosis (4).

Pero esta Administración, al mantener el principio del acto autoritario y el principio de jerarquía, expulsa del ámbito de las decisiones administrativas todos los intereses de naturaleza pluriindividual que no tengan un título formal de acceso a la tutela judicial. Ello explica por qué en nuestro ordenamiento no se ha introducido un tipo de procedimiento adecuado, y explica también que el acto administrativo tenga por contenido la definición autoritaria de una relación entre un sujeto administrativo y uno o más sujetos privados.

(2) COLAÇO ANTUNES, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: Para uma legitimação procedimental*, Coimbra, 1989, págs. 35 y ss.

(3) Asistimos hoy al resurgimiento de un derecho de raíz contractual, como modelo acabado de desformalización del Estado social, y de *deregulation* (COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, París, 1985).

(4) G. BERTI, «Interessi senza struttura (i.c.d. Interessi diffusi)», en *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milán, 1982, págs. 74 y 75.

Más allá que un simple problema de legitimación del recurrente, el problema de la tutela de los intereses difusos es también un problema de estructura del juicio y de legitimación del juez.

De hecho, el acto administrativo, que continúa siendo el verdadero objeto de recurso, se refiere habitualmente a una situación subjetiva externa a la administración que consiste, precisamente, en el interés de un sujeto determinado. En realidad, el acto administrativo se configura de modo que no permite su confrontación con intereses que no se refieran a un sujeto individual. Pero es obvio que los intereses difusos, aunque pueden ser asumidos individualmente, son plurales y no se adaptan fácilmente a una personalización individual (a una subjetivación individual). Apuntan más bien a una plurisubjetividad subjetiva (5).

La dificultad de introducir los intereses difusos en el proceso administrativo es doble: de una parte no tienen un titular predeterminado, al menos en cuanto que no entran, por su naturaleza, bajo la capacidad jurídica del sujeto; y, de otra parte, no son objetivamente reconducibles a un juicio que se desarrolla exclusivamente en el interior de un poder preconstituido.

Sólo cuando el acto sea considerado en su contenido de decisión, despojado de autoridad, esto es, primero como hecho y sólo después como acto, se puede pensar en establecer una relación entre el interés administrativo y el interés difuso (interés exterior) y llegar a configurar el juicio administrativo como juicio sobre hechos. De este modo, cualquier recurrente podría establecer libremente una ligazón entre su interés y el de la Administración. Dicho con otras palabras, el interés difuso como interés no prefigurado por las normas administrativas, podrá encontrar espacio procesal (legitimación sustancial) en el juicio administrativo sólo (o, al menos, más fácilmente) si este juicio versa sobre hechos y no sobre actos administrativos (actos autoritarios). Entretanto, el artículo 268, párrafos 4 y 5 de la Constitución de la República Portuguesa parece haber reforzado la vía para la tutela administrativa de los intereses difusos que estaba ya prevista en el párrafo 3 del artículo 268 antes de la revisión constitucional de 1989.

En efecto, si se pretende devolver al juicio administrativo la realidad de las relaciones sociales, de las relaciones entre la Administración y la sociedad, es necesario transformarlo en un juicio sobre hechos y no sobre actos (de modo que pueda conocer del «mérito» y no sólo de la «legalidad» del acto) con las adaptaciones procesales necesarias relativas a la pretensión, al principio de contradicción, a la instrucción y a la eficacia de la Sentencia.

Al tratarse de un interés no tipificado tiene gran importancia definir la dimensión concreta de tal interés (operación previa a la verificación de la lesión), razón por la que la función del juez adquiere un particular relieve al tener que ser, cada vez más, una «función creadora» que no puede limitarse a la interpretación de leyes que, precisamente, faltan.

(5) COLAÇO ANTUNES, *ob. cit.*, págs. 65 y ss.

El problema de la legitimación del juez se entrelaza, por ello, con el problema de la *objetividad de la función jurisdiccional*.

Si el juez participa en la construcción del objeto de su juicio, la función jurisdiccional pasa a primer plano, separándose de la ligazón entre la parte y el interés sustancial. Algo insólito en la justicia administrativa, en la que ha imperado durante mucho tiempo la tesis de su naturaleza objetiva y de que el recurrente sólo es un «solicitador» a efectos «procesales». Se trata, pues, de una construcción jurídica completamente distinta en la que el juez debe apartarse de la Administración y no sujetarse a ella.

Pero el juez administrativo quiere mantenerse en una posición semejante a la del juez civil y por ello se comprende que para no perder su cualidad de «juez de relaciones» procure obstinadamente en imputar a los sujetos, como intereses personales, lo que en realidad son verdaderos intereses difusos.

En cambio, cuando se atribuye a la jurisdicción una función objetiva, el ordenamiento se inclina hacia el lado judicial: el juez se convierte en creador de normas al hacerse árbitro de la dimensión de los intereses y de su coexistencia. Surgen entonces una serie de cuestiones que afectan a la democratización, legitimación y politización del juez (6).

Los intereses difusos, en cuanto intereses sociales, nacen y crecen en la Constitución (artículos 9 — párrafos d y e—, 60, 64, 66, 73/3 y 78) (*). La

(6) G. BERTI, *ob. cit.*, págs. 78 y 79.

(*) *N. del T.*—Los artículos citados de la Constitución de la República Portuguesa dicen así:

— *Artículo 9, d) y e)* (párrafos añadidos en la reforma de 1989):

«*Artículo 9. De las misiones fundamentales del Estado.*

Son misiones fundamentales del Estado:

d) Promover el bienestar, la calidad de vida y la igualdad real entre los portugueses, así como la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante la transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales.

e) Proteger y valorizar el patrimonio cultural del pueblo portugués, defender la naturaleza y el medio ambiente, preservar los recursos naturales y asegurar una correcta ordenación del territorio.»

— *Artículo 60* (añadido en la reforma de 1989):

«*Artículo 60. Derechos de los consumidores.*

1. Los consumidores tienen derecho a la calidad de los bienes y servicios consumidos, a la formación y a la información, a la protección de la salud, de la seguridad y de sus intereses económicos, así como a la reparación de los daños sufridos.

2. La publicidad se regulará por ley. Se prohíben cualesquiera formas de publicidad oculta, indirecta o engañosa.

3. Las asociaciones de consumidores y las cooperativas de consumo tendrán derecho, en los términos que disponga la ley, al apoyo del Estado y a ser oídas sobre las cuestiones que tengan relación con la defensa de los consumidores.»

mediación constitucional, en términos estructurales, entre el individuo y el ordenamiento jurídico, se manifiesta en las formaciones sociales (asociaciones, entes exponenciales).

— *Artículo 64* (reformado en 1989):

«Artículo 64. De la salud.

1. Todos tienen derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla.

2. El derecho a la protección de la salud se hace efectivo:

a) Mediante un servicio nacional de sanidad universal y general y teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, tendente a la gratuidad.

b) Por la creación de condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen la protección de la infancia, de la juventud y de la vejez y por la mejoría sistemática de las condiciones de vida y de trabajo, así como por la promoción de la cultura física y deportiva, escolar y popular, y también por el desarrollo de la educación sanitaria del pueblo.

3. Incumbe prioritariamente al Estado, con el fin de asegurar el derecho a la protección de la salud:

a) Garantizar el acceso de todos los ciudadanos, cualesquiera que sea su condición económica, a los cuidados de la medicina preventiva, curativa y de rehabilitación.

b) Garantizar una racional y eficaz cobertura del país desde el punto de vista médico y hospitalario.

c) Orientar su acción hacia la socialización de los costes de los ciudadanos médicos y de los medicamentos.

d) Disciplinar y controlar las formas empresariales y privadas de la medicina, articulándolas con el servicio nacional de sanidad.

e) Disciplinar y controlar la producción, la comercialización y el uso de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos y otros medios de tratamiento y diagnóstico.

4. El servicio nacional de sanidad tendrá una gestión descentralizada, en régimen participativo.»

— *Artículo 66* (reformado parcialmente en 1989):

«Artículo 66. Del medio ambiente y la calidad de vida.

1. Todos tienen derecho a un ambiente de vida humano, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.

2. Corresponde al Estado, mediante órganos propios y mediante la apelación y el apoyo a iniciativas populares:

a) Prevenir y controlar la contaminación y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión.

b) Ordenar y promover la ordenación del territorio, teniendo en consideración una correcta localización de las actividades, un desarrollo socioeconómico equilibrado y unos paisajes biológicamente equilibrados.

c) Crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como planificar y proteger paisajes y lugares de tal modo que se garantice la conservación y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico.

d) Promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica.»

Cuando las formaciones sociales tienen la fuerza de asumir los intereses sociales difusos más allá del círculo de sus adheridos, la relación procesal entre los entes exponenciales de los intereses difusos y el juez asume conotaciones especiales: Ya no es posible un juicio o proceso de tipo

— *Artículo 73.3* (reformado en 1989):

«Artículo 73. De la educación, la cultura y la ciencia.

3. El Estado promoverá la democratización de la cultura, estimulando y asegurando el acceso de todos los ciudadanos al goce y a la creación cultural, en colaboración con los órganos de comunicación social, las asociaciones y fundaciones de fines culturales, las colectividades culturales y de recreo, las asociaciones de defensa del patrimonio cultural, las organizaciones de vecinos y otros agentes culturales.»

— *Artículo 78:*

«Artículo 78. Del goce y de la creación culturales.

1. Todos tendrán derecho al goce y a la creación culturales, así como el deber de preservar, defender y promover el patrimonio cultural.

2. Corresponde al Estado, en colaboración con todos los agentes culturales:

a) Estimular y asegurar el acceso de todos los ciudadanos, especialmente de los trabajadores, a los medios e instrumentos de acción cultural, así como corregir las disparidades existentes en el país en este campo.

b) Apoyar las iniciativas que estimulen la creación individual y colectiva, en sus múltiples formas y expresiones, y una mayor circulación de las obras y de los bienes culturales de calidad.

c) Promover la salvaguardia y la promoción del patrimonio cultural, haciendo de él un elemento vivificador de la identidad cultural común.

d) Desarrollar las relaciones culturales con todos los pueblos, especialmente los de habla portuguesa, y asegurar la defensa y la promoción de la cultura portuguesa en el extranjero.

e) Articular la política cultural y las demás políticas sectoriales.»

(*) *N. del T.*—El artículo 267 de la Constitución de la República Portuguesa dice:

«Artículo 267. Estructura de la Administración.

1. La Administración Pública será estructurada de tal modo que se evite la burocratización, se aproximen los servicios a la población y asegure la participación de los interesados en su gestión eficaz, especialmente por medio de asociaciones públicas, de organizaciones de vecinos y otras de representación democrática.

2. Para lo dispuesto en el apartado precedente, la ley establecerá formas adecuadas de descentralización y desconcentración administrativa, sin perjuicio de la necesaria eficacia y unidad de acción y de las facultades de dirección y supervisión del Gobierno.

3. Las asociaciones públicas sólo podrán constituirse para la satisfacción de necesidades específicas y no podrán ejercer funciones propias de las asociaciones sindicales. Tendrán una organización interna basada en el respeto a los derechos de sus miembros y en la formación democrática de sus órganos.

4. El procedimiento de la actividad administrativa será objeto de una ley especial que asegurará la racionalización de los medios a utilizar por los servicios y la participación de los ciudadanos en la formación de las decisiones o acuerdos que les afecten.

individual cuyo objeto sea el definido por el titular de la acción, sino que el juez debe inmiscuirse en la realidad de las relaciones sociales asumiendo, también, el papel de árbitro de su coexistencia y de su integración.

Llegados a este punto, hay que preguntarse si el interés difuso no debería ser asumido por una función pública idónea para armonizar la imparcialidad del juicio con la naturaleza política de la decisión (artículo 267 de la Constitución de la República Portuguesa) (*), función que no es, ciertamente, la función ejecutiva del Estado liberal, pero que podría ser una función administrativa ejercida a través de procedimientos adecuados. En resumen, el procedimiento como vía de composición y calificación de interés en que se ejercita la opción *por un interés dominante, y también la síntesis de los demás intereses*.

El problema de la tutela de los intereses difusos puede reconducirse a dos momentos: a la fase procedimental y a la fase judicial. El procedimiento sería legitimante por sí sólo, tanto en lo que concierne a la incorporación de los intereses difusos, como en lo que concierne a la decisión final que no es, pues, una «sentencia», sino una «decisión administrativa», y que, por tal razón, debe armonizar la justicia con la funcionalidad. Sólo una vez concluido tal procedimiento, puede solicitarse la intervención de la jurisdicción si la decisión administrativa lesiona la justicia.

2. TUTELA DEL AMBIENTE Y LEGITIMACIÓN PROCESAL

En nuestro ordenamiento jurídico, la tutela del ambiente encuentra en la jurisdicción administrativa (7) un espacio institucional privilegiado que se manifiesta tanto en la legitimación de los entes exponenciales de los intereses difusos como en el control de la legalidad de la actividad de la Administración Pública en materia ambiental.

La Constitución Portuguesa, por medio de su artículo 268/4 (antes el

(*) *N. del T.*—El artículo 46 de la Constitución de la República Portuguesa (revisado en el año 1982) dice así:

«Artículo 46. De la libertad de asociación.

1. Los ciudadanos tendrán derecho a constituir asociaciones libremente y sin necesidad de autorización, con tal que éstas no se destinen a promover la violencia y que sus fines respectivos no sean contrarios a la ley penal.

2. Las asociaciones perseguirán libremente sus objetivos sin interferencia de las autoridades públicas, y no podrán ser disueltas por el Estado ni suspendidas en sus actividades sino en los casos previstos por la ley y en virtud de sentencia judicial.

3. Nadie podrá ser obligado a formar parte de una asociación ni coaccionado de modo alguno a permanecer en ella.

4. No se permitirán asociaciones armadas ni de tipo militar, militarizadas o paramilitares, ni organizaciones que adopten la ideología fascista.»

(7) Así, no parece correcto que la Ley 11/87, de 7 de abril (Ley de Bases del Ambiente), en su artículo 45.1 declare que el conocimiento de las acciones en materia de ambiente sea de la competencia de los tribunales comunes.

artículo 268/3) parece haber reafirmado una vía administrativa para la tutela de los intereses difusos (8). El artículo 268/4, en su versión actual revisada, dice lo siguiente: «Se garantiza a los interesados el recurso contencioso-administrativo, por motivo de ilegalidad, contra cualesquiera actos administrativos que, independientemente de su forma, lesionen sus derechos e intereses legalmente protegidos.» Este precepto fue reformado en la última revisión de la Constitución, que añadió al mismo artículo un párrafo 5 con la siguiente redacción: «Igualmente se garantiza siempre a los administrados el acceso a la justicia administrativa para la tutela de sus derechos o intereses legalmente protegidos.» Se abre así una opción para el reconocimiento de los derechos e intereses legalmente protegidos que sigue la fórmula de la «acción» y no la del «recurso», una vez que se admite ejercitar la acción con independencia de su titularidad, en cuanto se invoca un derecho autónomo de posición jurídica subjetiva.

Me parece obvio, pues, que el llamado interés difuso al ambiente es un interés legalmente protegido que ha de ser considerado como derecho subjetivo público o interés legítimo.

A mi juicio, el interés difuso al ambiente se reconoce mejor bajo la figura del derecho público subjetivo, una vez que nuestro derecho constitucional no se ha limitado a tutelar la libertad individual y los derechos de naturaleza patrimonial, sino que tutela también los derechos pluriindividuales, tal como sucede con el derecho al ambiente (artículo 66 de la Constitución de la República Portuguesa). El artículo 52.3 reconoce ahora, a todos, personalmente o a través de asociaciones de defensa de los intereses afectados, el derecho a ejercer la acción popular, en los casos y en los términos previstos en la ley (derecho a promover la prevención o el cese de los factores de degradación del ambiente o del patrimonio cultural, así como a requerir por los lesionados el derecho a la correspondiente indemnización) (9). A ello hay que añadir que la mencionada norma constitucional (artículo 268, párrafos 4 y 5) no utiliza la expresión «interés legítimo», sino la expresión «derechos e intereses legalmente protegidos», fórmula suficientemente amplia para asumir todas las situaciones jurídicas derivadas del ordenamiento.

Así, hoy se habla de un derecho público subjetivo a la *información*, a la *participación* y a la *acción*, un *derecho tridimensional* que en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas implica el derecho a participar en la formación de las decisiones que les afecten (artículo 267,4 de la Consti-

(8) La tutela jurisdiccional de los intereses difusos contra los actos de las Administraciones Públicas ya era posible en base al artículo 268.3, antes de la revisión de 1989, como tuvimos oportunidad de afirmar en comunicación («Tutela do Ambiente e Processo Administrativo: Para uma Legitimação Procedimental») presentada a la Conferencia Internacional sobre *A Garantia do direito ao Ambiente*, Fundação Calouste Gulbenkian, 4-6 febrero 1988.

(9) También, según el artículo 59 de la Ley 13/85, de 6 de junio (relativa a la protección del Patrimonio Cultural portugués), cualquier ciudadano en el goce de sus derechos civiles, así como cualquier Asociación de defensa del patrimonio legalmente constituida, tiene, en los casos y en los términos previstos en la ley, el derecho de ejercer la acción popular en defensa del patrimonio cultural.

tución de la República Portuguesa); un derecho a ser informado por la Administración siempre que lo requieran, sobre la tramitación de los procesos en que resulten directamente interesados, así como a conocer las resoluciones definitivas que sobre ellos sean tomadas (artículo 268,1 de la Constitución de la República Portuguesa) (10); y, finalmente, un derecho a actuar en el plano jurisdiccional para obtener el reconocimiento de un derecho o interés legalmente protegido (artículo 268, párrafos 4 y 5). La redacción actual del artículo 268 de la Constitución ha dado, pues, un paso hacia el «contencioso de plena jurisdicción» (11), abriéndolo a la tutela global e indiferenciada de los intereses difusos. En resumen, se prevé aquí una acción para el reconocimiento de derechos o intereses legalmente protegidos. Este derecho de acceso a la jurisdicción de los intereses difusos es el complemento necesario del derecho de participación de los ciudadanos en las decisiones que les afectan (artículo 267,4) a través de una ley de procedimiento administrativo de la que ya existe un proyecto (proyecto de Código del Procedimiento administrativo). Además, no tiene sentido que la ley tutele los intereses de uno o de pocos individuos y no tutele los intereses que afectan a muchos o, incluso, a la totalidad de los ciudadanos, como sucede con los bienes ambientales. Por lo demás, las asociaciones de defensa del ambiente pueden promover, junto con las entidades competentes, todos los medios administrativos de defensa del ambiente en los términos y para los efectos previstos en la Ley de Bases del Ambiente (artículo 6.º de la ley 10/1987 de 4 de abril). Tales bienes, de nítida relevancia pública, objeto de tutela para la Administración Pública, son también intereses difusos (colectivos) de toda la comunidad, reconocidos por la ley, que confieren al ciudadano el derecho público subjetivo de reaccionar cuando sean lesionados por una conducta de la Administración Pública (artículo 7.º, 1 a 6 de la Ley 10/1987). Presupuesto de este derecho es la naturaleza del bien tutelado, la conducta ilegal de la Administración Pública y el hecho de que el ciudadano haya sido lesionado en su interés pluriindividual, en cuanto miembros de la comunidad perjudicada (12).

Así, pues, la transformación de los intereses legalmente protegidos en derechos públicos subjetivos, realizada por la norma constitucional, está de acuerdo con la «relación paritaria» del ciudadano con la Administración Pública exigida por el Estado democrático de derecho consagrado en la Ley Fundamental (artículo 2.º). Al «derecho-deber» del ciudadano de proteger el medio ambiente (artículo 66,1) corresponde un «poder-deber» de la Administración Pública (artículo 66,2).

(10) De acuerdo con el artículo 268.2 (introducido por la revisión constitucional de 1989), se establece ahora el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley en materia de seguridad interna y externa, investigación criminal e intimidad de las personas. En resumen, se consagra el derecho de acceso a los documentos administrativos, afirmándose de modo claro el «principio de archivo abierto».

(11) Que confiere a los tribunales administrativos el poder de imponer a la administración la obligación de realizar determinados actos o de adoptar ciertos comportamientos.

(12) KENKE, *Das subjektive Öffentliche Recht*, Tübingen, 1968, pág. 60.

La perspectiva más adecuada para la tutela de los bienes ambientales es aquella que, teniendo en cuenta que el poder administrativo se desarrolla en actos adoptados a través del procedimiento administrativo (artículo 267,4 de la Constitución de la República Portuguesa), considera la posición del administrado antes de que el acto se produzca, y tiene en cuenta su legitimación procesal en el procedimiento administrativo (artículo 268,4 de la Constitución de la República Portuguesa). Las normas que disciplinan el interés público perseguido por la Administración regulan también, y al mismo tiempo, los intereses de los particulares, de modo que el ejercicio de las potestades administrativas ha de realizarse en atención a unos y a otros (13). En resumen, la tutela de los intereses difusos a la luz de la Constitución pasa por el derecho de participación procedimental y procesal (14).

Desgraciadamente, nuestra Ley Reguladora del Proceso ante los Tribunales Administrativos de 1985 (Decreto-Ley 267/85 de 16 de julio) no esclarece, de forma positiva, la apertura innovadora consagrada en el artículo 268, párrafos 4 y 5 de la Constitución. La mencionada ley establece el artículo 69 lo siguiente:

«1. Las acciones para obtener el reconocimiento de un derecho o interés legalmente protegido pueden ser ejercitadas en cualquier momento, salvo lo dispuesto en una ley especial, por quien invoque la titularidad del derecho o del interés.

2. Tales acciones sólo pueden ser ejercitadas cuando los restantes medios contenciosos, incluidos los relativos a la ejecución de la Sentencia, no aseguren la efectiva tutela jurisdiccional del derecho o interés afectado.»

Se advierte, pues, que este precepto tiene la clara intención de reducir el alcance de la protección, ya que un particular sólo podrá utilizar esta acción para el reconocimiento de derechos o intereses legalmente protegidos cuando invoque su titularidad y cuando no haya logrado su efectiva protección por los medios contenciosos comunes (recursos de anulación, y acciones en materia de contratos administrativos y de responsabilidad de la Administración) (15).

(13) RUI MACHETE, «A garantia contenciosa para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido», publicado en *Nos dez anos da constituição*, Lisboa, 1986, pág. 239.

(14) En este sentido, la doctrina alemana llama la atención sobre la importancia jurídico-política de los derechos de participación —*Status activus processualis*—. Así, Peter HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, publicado en «VVDSTRL» (30), 1972, págs. 43 y ss. En la doctrina portuguesa, GÓMEZ CANOTILHO, *Direito constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, 1986, págs. 454 y 766. Más recientemente, y del mismo autor, véase *Constituição e Déficit Procedimental*, en «Estado e Direito» (2), 1988, págs. 33 y ss.

(15) En sentido contrario, RUI MEDEIROS, *Estrutura e âmbito da acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido*, en «Revista de Direito e de Estudos Sociais» (1/2), 1989, págs. 29 y ss.

Ante esta situación cabe preguntarse si ha tenido en cuenta la tutela jurisdiccional de los bienes ambientales. ¿Las asociaciones creadas para la defensa del ambiente pueden accionar judicialmente contra una entidad pública o privada cuyo comportamiento lesione ese bien? Por sí sólo, el artículo 69 de la ley del proceso administrativo puede no ser suficientemente amplio para permitir la tutela del ambiente, sobre todo si la titularidad del derecho o del interés a proteger, no asume la forma de un interés directo, personal y patrimonial. Con todo, el artículo 7.º, 1 a) y b) de la Ley 10/1987 reconoce a las asociaciones de defensa del ambiente legitimación para:

«a) promover acciones necesarias para la prevención o el cese de actos u omisiones de entidades públicas o privadas que constituyan un factor de degradación del ambiente (16);

b) recurrir, en vía contenciosa, contra los actos administrativos que violen las disposiciones legales que protegen el ambiente y la calidad de vida, en los términos del artículo 66 de la Constitución.»

Pienso, pues, que en el campo de la defensa del ambiente es perfectamente admisible la legitimación de las asociaciones creadas al efecto. Parece, por tanto, que a través de esta excepcional previsión normativa se ha encontrado la ligazón entre el proceso administrativo y los intereses difusos, una vez que se ha previsto la creación de nuevos centros de referencia de los intereses públicos, en este caso de los bienes ambientales, no necesariamente coincidentes con los identificados por el aparato administrativo, que tienen la posibilidad de hacer valer en juicio los intereses que pretenden tutelar. La tutela procesal es extremadamente importante toda vez que el proceso es, con frecuencia, el único instrumento de diálogo entre el ciudadano y la Administración pública.

Desarrollando este discurso, creo que la legitimación para actuar debe ser reconocida a cualquier asociación creada en base a la libertad de asociación, regulada por el artículo 46 de la Constitución de la República Portuguesa (*), que asuma la defensa de derechos fundamentales de

(16) En el ordenamiento jurídico portugués encontramos otras manifestaciones legislativas de la admisibilidad de la acción inhibitoria: la redacción no restrictiva del artículo 399 del CPC, que prevé genéricamente «la intimación para que el reo se abstenga de cierta conducta como providencia cautelar no especificada, que no tendría sentido si la sentencia final no pudiera incluir un pronunciamiento de contenido semejante». Además, se pueden mencionar los artículos 76 y ss. de la Ley reguladora del proceso ante los tribunales administrativos, con las modificaciones de los artículos 77, 78 y 81 introducidas por el Decreto-ley 12/86, de 21 de mayo (que revocó el Decreto-ley 4/86, de 6 de enero), así como en la legislación especial el artículo 40.4 de la Ley de Bases del Ambiente (Ley 11/87, de 7 de abril) y el artículo 4.2 de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 29/81, de 22 de agosto).

En materia de medidas cautelares hay que destacar, además, el Decreto-ley número 426/89, de 6 de diciembre, sobre protección del patrimonio de los centros urbanos antiguos.

(*) *N. del T.*—El artículo 17 de la Constitución de la República Portuguesa (revisado en 1982) dice así:

naturaleza análoga, a que se refiere el artículo 17 de la Constitución de la República Portuguesa (*), de acuerdo con su fin estatutario, y ello a pesar del carácter reductor que tiene el artículo 69 de la ley reguladora del proceso administrativo, según el cual las acciones para obtener el reconocimiento de un derecho o de un interés legalmente protegido sólo pueden ser ejercitadas por quien invoque la titularidad del derecho o interés afectado. Estoy convencido de que si este camino fuera seguido por la jurisprudencia administrativa, abriría las puertas de la tutela administrativa de los intereses de la colectividad.

La tendencia que sigue caracterizando a la jurisprudencia administrativa (oscilante entre la conciencia de la necesidad de abrir el proceso a los nuevos valores colectivos y la voluntad de preservar el *status quo*) tiene el mérito de haber llamado la atención del jurista sobre una cuestión indispensable para la solución de la tutela del ambiente; esto es, que no es posible «aislar» en el amplio campo político-cultural la relación entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo.

La complementariedad entre estos dos instrumentos autónomos, pero no estancos, debe dar lugar no sólo a una «legitimación procedimental», sino también a una nueva «legalidad procedimental», dado que *el procedimiento es el lugar privilegiado de composición y calificación de los intereses privados y de los intereses públicos entre sí enlazados* (17). El procedimiento administrativo debe ser no sólo la antecámara de la tutela del interés difuso del ambiente, sino también el lugar en que adquiere su propia legitimación, al efecto de poder utilizar los medios contenciosos de tutela administrativa.

Esta deseable operación institucional puede encontrar su traducción normativa en un sistema como el portugués, carente de una ley general de procedimiento administrativo (indispensable para la racionalización y democratización de la Administración Pública), en la transposición de la Directiva de la CEE en materia de impacto ambiental (18).

«Artículo 17. Régimen de los derechos, libertades y garantías.

Será aplicable el régimen de los derechos, libertades y garantías a los enunciados en el Título II y a los derechos fundamentales de naturaleza análoga.»

(17) COLAÇO ANTUNES, *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: Para uma Legitimação Procedimental*, ob. cit., págs. 118 y ss.

(18) Directiva 85/337 CEE, de 27 de junio de 1985. Esta Directiva comunitaria pretende introducir obligatoriamente en los procedimientos administrativos de los Estados miembros sobre la autorización y aprobación de obras que puedan provocar un impacto ambiental importante (grandes instalaciones industriales, centros nucleares, autopistas, autovías, refinerías de petróleo, etc.; Anexo I) algunos criterios básicos que permitan diseñar preventivamente auténticos «mapas de riesgo», teniendo en cuenta los efectos que tales intervenciones pueden tener sobre el ambiente, el territorio y las condiciones de vida. En este sentido, la Directiva propugna la participación preventiva del «público», esto es, del ciudadano, en la administración del ambiente (correspondiendo a los Estados miembros definir las modalidades de información y consulta). La Administración debe informar a los ciudadanos del impacto ecológico de las intervenciones industriales sobre el ambiente y, al mismo tiempo, permitir a los ciudadanos manifestar previamente su opinión sobre tal impacto.

El instrumento jurídico puesto a disposición del «público» por la legislación nacional gracias a la transposición de la mencionada Directiva (artículo 6,3) que establece el trámite de consulta de los proyectos de impacto ambiental, deberá ser el elemento decisivo para una integra-

La Directiva 85/337 CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985 (relativa a la evaluación de los efectos de determinados proyectos públicos y privados sobre el ambiente), ha sido recientemente transpuesta por el Decreto-ley 186/90, de 6 de junio, pero lo ha sido tardíamente y mal.

Tardíamente porque el plazo para su aplicación expiró hace mucho, concretamente el 3 de julio de 1988. Mal por las razones que vamos a exponer.

En primer lugar, el Decreto-ley núm. 186/90 (que «tradujo» al ordenamiento jurídico portugués la mencionada Directiva comunitaria) no dice lo que entiende por «público» interesado en la valoración del proyecto (art. 1.2) y no establece la forma o procedimiento administrativo a través del cual se ha de realizar la consulta del público. En suma, no aclara qué sujetos tienen legitimación para participar en la evaluación del proyecto ni el procedimiento a través del cual esta participación ha de tener lugar.

El artículo 4.1 del Decreto-ley 186/90 sólo dice que el miembro del Gobierno responsable del ambiente (Ministro del Ambiente) determinará cuál es la entidad encargada de la instrucción del proceso de evaluación del impacto ambiental (AIA: «avaliação de impacte ambiental») a que se encomienda valorar y emitir su dictamen sobre el proyecto (la obra a realizar), así como promover una consulta al público interesado que permita una amplia participación de las entidades y de los ciudadanos en la valoración del proyecto.

La consulta prevista en el artículo 4.1 presupone la previa divulgación de los estudios efectuados y de los resultados obtenidos, así como la explicación de los elementos más característicos de la actividad que se va a realizar, sin perjuicio de cumplir las normas legales que protegen los conocimientos técnicos patentados (art. 4.2).

En el plazo máximo de ciento veinte días a partir de la recepción de la documentación mencionada en el artículo 3.º, núm. 2, el miembro del Gobierno responsable del ambiente deberá enviar a la autoridad competente, para otorgar la licencia o para autorizar el proyecto, el mencionado dictamen acompañado del resultado de la consulta pública realizada y del análisis del proyecto (art. 5.1). Por otro lado, según el artículo 2.1 del Decreto-ley 186/90, de 6 de junio, la aprobación de proyectos que, por su naturaleza, dimensión o localización, sean susceptibles de incidir significativamente en el ambiente queda sujeta a un proceso previo de evaluación del impacto ambiental (AIA: «avaliação de impacte ambiental») como formalidad esencial que corresponde a la competencia del miembro del Gobierno responsable del ambiente.

Esta norma, al igual que las mencionadas anteriormente, ofrece un significativo ejemplo de cómo puede respetarse formalmente la Directiva comunitaria 85/337, pero apartándose, en realidad, de su *ratio* inspiradora y creando, al mismo tiempo, zonas francas para la actividad administrativa, caracterizadas por la más amplia discrecionalidad técnica no susceptible de control sustancial.

La norma que analizamos no define los parámetros y los criterios que deberán presidir la evaluación del «impacto ambiental» de los proyectos de obras sujetas a un control preventivo.

No está claro si aquéllos deben ser tomados de las llamadas ciencias exactas (física, química, biología, matemáticas, etc.) o si hay que tener en cuenta también consideraciones socioeconómicas, conexas indirectamente con la realización de esas obras; tampoco está claro si tales criterios deben ser uniformes en todo el territorio nacional o exigen una diversificación impuesta por las peculiares «condiciones ambientales» de áreas territoriales más reducidas; y tampoco lo está la determinación de aquellos sujetos públicos o privados a los cuales el Ministerio del Ambiente puede acudir para llevar a cabo una valoración cuyo componente técnico debería tener una relevancia determinante.

Estos problemas, descuidados por el legislador, tienen, sin embargo, gran importancia. En efecto, si en las complejas valoraciones que hay que efectuar para ponderar el impacto ambiental hubiese que tener en cuenta también los factores socioeconómicos (economía de la zona, niveles de ocupación, desarrollo industrial, etc.) se correría el riesgo de que, en última instancia, prevalecieran estos aspectos en perjuicio del criterio

ción activa entre el procedimiento administrativo y el proceso jurisdiccional (19).

En resumen, la protección de los intereses difusos, de los cuales el ambiente es parte preeminente, no puede lograrse sectorialmente, sino a través de módulos adecuados de coordinación, auténticos vasos comunicantes de los órganos de tutela y de control.

Si no fuera así, la justicia administrativa tendería a transformarse en una especie de «puzzle» dirigido unas veces a revitalizar los intereses individuales y otras a asumir nuevas formas de control social, pero la tutela del ambiente quedaría reducida, como mucho, a legitimar procesalmente a grupos o a individuos, sin ninguna clase de ligazón con la participación en el procedimiento de las asociaciones representativas de los intereses difusos.

3. EL ARTÍCULO 52 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA PORTUGUESA: «LA ACCIÓN POPULAR DE MASAS» PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES PÚBLICOS DIFUSOS

La nueva redacción del número 3 del artículo 52 de la Constitución, introducida por la revisión constitucional de 1989 (20), configura una nueva acción para la tutela de los intereses pluriindividuales que noso-

de la «compatibilidad ambiental» (defensa de los valores ecológicos y de la naturaleza) de la actividad.

Con todo esto queremos subrayar que la evaluación del impacto ambiental en el actual cuadro normativo, caracterizado por una total ausencia de parámetros de referencia, corre el riesgo de conducir, más que al ejercicio de una discrecionalidad técnica, a la realización de una verdadera opción política, no susceptible de control judicial desde el punto de vista de su legitimidad.

En conclusión, el procedimiento para la evaluación del impacto ambiental presenta una laguna de la mayor gravedad, que habrá de resolver el siempre anunciado decreto regulador (art. 7.1 y 2).

Otra cuestión que hay que plantear consiste en si las valoraciones técnicas y políticas del Ministerio del Ambiente se imponen o no al Ministro «interesado» en la actividad proyectada, en el supuesto de que haya desacuerdo entre ambos. En estos casos, la responsabilidad política de la decisión deberá corresponder, naturalmente, al Gobierno. Además, hay que aclarar si las mencionadas valoraciones del impacto ambiental podrán o no incidir sobre territorios que ya han sido objeto de una planificación urbanística, lo que podría lesionar la autonomía local.

Otros aspectos negativos derivan de los artículos 2, 4 y 11.2, que conducen a una clarísima centralización del procedimiento de evaluación del impacto ambiental en el Ministro del Ambiente.

Las decisiones finales adoptadas sobre los proyectos evaluados, así como los respectivos procesos, deben ser objeto de divulgación pública (art. 9).

(19) COLAÇO ANTUNES, *Tutela do Ambiente e Procedimento Administrativo: Do modelo frances dos «Etudes d'Impact» a solução da CEE*, en «Economia e Sociologia» (48), 1989, págs. 90 y ss.

(20) El artículo 52.3 dice lo siguiente: «Se reconoce a todos, personalmente o por medio de asociaciones de defensa de los intereses afectados, el derecho de ejercer la acción popular en los casos y en los términos previstos en la ley, especialmente el derecho a promover la prevención, el cese o la persecución judicial de las infracciones contra la sanidad pública, la degradación del ambiente, de la calidad de vida o la degradación del patrimonio cultural, así como a reclamar en beneficio del lesionado o de los lesionados la indemnización correspondiente.»

tros designamos como «acción popular de masas» debido a que permite intervenir como parte a un número indeterminado de personas.

Se trata, a mi juicio, de una acción popular especial que no se puede confundir con la acción popular tradicional (21) reconocida igualmente por el artículo 52, número 3 de la Constitución, ya que se refiere a la tutela de intereses que no sólo son generales y difusos, sino también públicos en cuanto a su incidencia sobre aspectos vitales para la colectividad en su conjunto (tutela del ambiente, salud pública, calidad de vida, patrimonio cultural, etc.).

La legitimación para ejecutar la «acción popular de masas» deberá reconocerse por la ley que desarrolle la mencionada norma constitucional, no sólo a las asociaciones y a los entes intermedios que tengan por fin estatutario la defensa de los intereses difusos, sino también a cualquier particular, tal como sucede con las *class actions* (22) del derecho norteamericano.

La legitimación principal no debe reconocerse, por tanto, al Ministerio Fiscal debido a que por su posición en el ámbito de la Magistratura no puede asumir, como es necesario, un papel de protagonismo cívico. Podría, no obstante, preverse en la ley la participación en juicio del Ministerio Fiscal, con amplias facultades de iniciativa instructora y de impugnación, a fin de garantizar mejor la defensa de los mencionados intereses.

Por otro lado, debería preverse la apertura del proceso a la generalidad de los ciudadanos, una vez que la acción puede ser promovida por sujetos distintos del principal actor legitimado (incluidas las personas jurídicas, las asociaciones, los entes intermedios, las juntas de vecinos, etcétera), los cuales estarían siempre presentes en juicio pudiendo intervenir en los procesos promovidos por cualquier sujeto (23).

La facultad de intervenir debe facilitarse mediante la publicidad del ejercicio de la acción, a través de medios en parte definidos por la ley y en parte dejados a la decisión del juez, según la naturaleza y relevancia de los intereses que se intentan tutelar.

En cuanto a la legitimación para actuar, cabría tal vez distinguir entre una *legitimación popular absoluta* propia del sujeto principal legitimado y

(21) La acción popular ha tenido en el derecho portugués un alcance casi limitado al ámbito local. Sus manifestaciones se reducen a dos supuestos: 1) acción popular para mantener, reivindicar y recuperar bienes o derechos locales, que hayan sido usurpados o de cualquier modo lesionados (art. 369 del Cód. Adm.); 2) recurso directo de anulación de los acuerdos ilegales de los órganos locales (art. 822 del Cód. Adm.). La nueva redacción del párrafo 3 del artículo 52 de la Constitución de la República Portuguesa ha dado mayor alcance a la acción popular, que ahora puede ejercerse en relación a actos de otras entidades públicas, incluido el Estado, así como también de entidades privadas.

Recientemente se han presentado en la Asamblea de la República dos proyectos de Ley elaborados por el PS y por el PCP que pretenden dar adecuada expresión al derecho de acción popular.

(22) Sobre las *class actions*, véase COLAÇO ANTUNES, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*, ob. cit., págs. 150 y ss.

(23) En este tipo de «acción colectiva» se plantea el problema de la coincidencia del interés difuso hecho valer en juicio por el ente exponencial con el interés de la colectividad. Sobre esta cuestión, véase COLAÇO ANTUNES, ob. cit., págs. 184 y ss.

una *legitimación popular relativa* de los diversos sujetos potencialmente interesados en promover la tutela de un bien de disfrute difuso.

Como es obvio, en este tipo de acción, y en líneas generales, no es oportuno exigir el requisito del interés personal o concreto. De esta forma se evita que el examen de una cuestión prejudicial pueda bloquear la tramitación del proceso y, además, se destaca la clara connotación pública de la acción, no dando relieve a un posible interés personal del particular actuante, lo que tiene la ventaja también de excluir un posible acuerdo entre el ente exponencial de los intereses difusos y el titular de un derecho subjetivo patrimonial.

Debe también destacarse que en materia de impugnación de actos administrativos no siempre se impugna su legitimidad en sentido estricto, así como que una eventual ilicitud de los mismos no implica necesariamente una lesión concreta del interés público porque, muchas veces, lo que se impugna es la ponderación de intereses realizada por el acto, razón por la cual puede ser oportuno prever la exposición en el juicio del interés que mueve al recurrente.

La «acción popular de masas» para la defensa de los intereses difusos contra actos y comportamientos de entidades públicas o privadas calificadas por la ley como lesivas del interés público y de los intereses difusos es semejante a la *public interest action* (24).

La presencia en juicio de un sujeto legitimado para representar los intereses difusos y la apertura del proceso a la generalidad de los sujetos, permite atribuir eficacia *erga omnes* al caso juzgado. La distinción entre los intereses públicos difusos, por un lado, y las posiciones de ventaja personal o patrimonial privada, por otro, permite precisar que el caso juzgado no tiene influencia sobre estas últimas, toda vez que si se declara improcedente la acción popular ejercitada en defensa de los intereses difusos, todos los sujetos, incluso aquellos que han sido parte en el proceso, podrán hacer valer en el juicio derechos conexos, por ejemplo el derecho a la salud o los derechos reales (25). De esta forma, no cabe excluir, en general, que en el supuesto de que se hayan infringido normas públicas o de defensa de los intereses difusos, se hayan violado, en cambio, normas del derecho privado. Por tanto, dada la heterogeneidad de las posibles acciones, no deben aplicarse a todos los sujetos las reglas que afectan a la extensión del caso juzgado. Análogamente, una demanda relativa a derechos privados no impide el ejercicio de la acción popular de masas para la tutela de los intereses difusos.

Con la finalidad de asegurar que sólo se llegue al proceso cuando sea absolutamente necesario por no haber prosperado los medios alternativos (sanciones administrativas y eventualmente penales), la norma procesal debe exigir condiciones previas para el ejercicio de la acción popular

(24) Sobre las *public interest actions*, véase COLAÇO ANTUNES, *Técnicas jurídicas de protecção dos interesses difusos nas Comunidades Europeias e nos Estados Unidos*, en «Economía e Sociología» (42), 1986, págs. 32 y ss.

(25) En estos casos, el particular debe disponer de una acción autónoma relativa a su interés legítimo individual y eventuales daños causados a su patrimonio.

de masas en defensa de los intereses públicos difusos, así como para el control de la «adecuada representación del accionante» (26).

En el supuesto de que se trate de intereses de relevancia circunscrita, puede preverse un procedimiento simplificado en el cual el ejercicio de la acción en defensa de los intereses difusos no dé lugar necesariamente a la apertura del proceso a la generalidad de los ciudadanos (salvo que, eventualmente, lo solicite un interesado o lo ordene el juez) y, correlativamente, no se impida el ejercicio mismo de la acción por parte de un tercero representante idóneo de intereses difusos.

La regulación de la «acción popular de masas» en defensa de los intereses públicos difusos debería contener también la regulación del resarcimiento del daño causado al «bien de disfrute difuso» (por ejemplo, el daño ambiental), siguiendo el criterio del daño *producido* y no sólo el del daño *sufrido*, así como el criterio de la responsabilidad objetiva (27).

Para aquellos casos en que las partes ausentes del proceso no reclamen una indemnización por el daño sufrido, y en los casos en los que el resarcimiento individual no tenga sentido por la naturaleza del daño (defensa de un bien cultural o ambiental), debería constituirse un *Fondo de Garantía* junto a la Fiscalía General de la República o del Defensor del Pueblo.

Las cantidades percibidas por el Fondo de Garantía podrían destinarse, por ejemplo, al fomento de la creación de asociaciones y de entes intermedios de defensa de los intereses difusos y a subvencionar su actuación judicial, así como a la realización de actividades educativas e informativas de naturaleza preventiva que tiendan a proteger los intere-

(26) COLAÇO ANTUNES, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*, ob. cit., págs. 154 y ss.

(27) En esta materia, tal como hemos expuesto en estudios anteriores, debe protegerse en el sentido de la inversión de la carga de la prueba, esto es, en el sentido de una objetivación de la culpa.

Los límites que el principio de la carga de la prueba trazan a su aplicación explican el interés y la atención que en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, como en los países escandinavos o en la República Federal de Alemania, se ha dedicado a la búsqueda de soluciones que reduzcan los aspectos subjetivos del convencimiento del Juez.

En los países escandinavos se ha recurrido al criterio de la «*verosimilitud*», en base al cual el Juez no debe llegar al convencimiento de la verdad de un hecho, siendo suficiente con que se asegure de que una determinada hipótesis presenta un grado de verosimilitud proporcional a las pruebas aportadas por las partes, a la experiencia y al dictamen de los peritos. Esto es, el Juez debe verificar que la hipótesis en cuestión se aproxima con un grado de probabilidad razonable, verosímil o presumible según lo exigido por la ley y, en caso de silencio, a lo establecido por el Juez. En lugar de una prueba al cien por cien es suficiente que el Juez se sienta satisfecho con un porcentaje menor: por ejemplo, del 25 por 100.

Otro criterio que presenta puntos de contacto con la teoría de la similitud tiene orígenes diferentes y se ha desarrollado especialmente en la República Federal de Alemania: la «prueba de lo aparente» (*Anscheinbeweis*). En el supuesto de que en algunos sectores de las relaciones sociales los casos presenten un carácter típico y se desenvuelvan de acuerdo con ciertas reglas de experiencia, el Juez debe considerar si el caso concreto sometido a su valoración se ha desarrollado según los *criterios típicos normales*, propios de la hipótesis abstracta a que responde. Por tanto, la *Anscheinbeweis* determina el convencimiento del Juez, y sólo permite la aplicación de la regla probatoria general en los casos en los que el interesado demuestre la anomalía de la apariencia.

ses difusos. También podrían dedicarse a la realización de obras de reparación de los bienes lesionados, sin perjuicio de la obligación de reparación que ha de imponerse al responsable del daño.

Cabría, pues, crear una Fiscalía de los intereses difusos a cargo de un procurador adjunto dependiente de la Fiscalía General de la República. Esta Fiscalía tendría a su cargo las siguientes funciones, sin perjuicio de las relativas al desarrollo del proceso y al cumplimiento de las sentencias judiciales:

- a) auxiliar al juez en el control de la «representación adecuada» de los entes exponenciales de los intereses difusos y en la individualización de los sujetos a los que se extenderían los efectos de las Sentencias;
- b) dictaminar sobre la funcionalidad técnica de las medidas cautelares y denunciar al juez el incumplimiento de las mismas por el sujeto responsable;
- c) dictaminar sobre el importe de la indemnización;
- d) administrar el fondo de garantía.

Por último, sería deseable la inserción en la ley del proceso administrativo de una norma relativa a la acción popular de masas en defensa de los intereses públicos difusos. La finalidad de regular tal acción en la ley del proceso administrativo sería la de precisar la legitimación, evitando que resulta superflua la regulación de los aspectos procesales específicos en las leyes sustantivas o especiales (28), tales como los que se refieren a los poderes del juez, a la carga de la prueba, a la eficacia *erga omnes* del caso juzgado, y a los instrumentos para su aplicación.

En conclusión, la «acción popular de masas» es una forma de democracia directa que ahora se pone al alcance de los ciudadanos.

Luis Filipe COLAÇO ANTUNES
Universidad de Evora

(Traducción: Fernando Sainz Moreno)

(28) Como ya hemos defendido, juzgamos más adecuado la creación de un proceso especial, un *Processo de Massas*, para la tutela de los intereses difusos (COLAÇO ANTUNES, *Para una tutela jurisdiccional dos interesses difusos*, en separata de «BFDUC», vol. LX, 1986, págs. 25 y ss.).

