

LA DINAMIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS Y DE LOS INTERESES DIFUSOS EN EL ESTADO SOCIAL

SUMARIO: I. *Consideraciones previas*. II. *Las nuevas amenazas a los derechos, derivadas de los avances tecnológicos: el poder informático y el derecho a la intimidad*. III. *La tutela de los intereses difusos*. IV. *El necesario reconocimiento de la eficacia inmediata de los derechos en todo tipo de relaciones*. V. *La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos sociales: la inconstitucionalidad por omisión*.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. La evolución de los derechos humanos, su carácter esencialmente dinámico, en definitiva, su historicidad, como señala Bidardt,¹ está en la misma base sobre la que apoya la diversidad de técnicas de protección de los derechos que encontramos en el decurso del tiempo, y de modo muy acentuado en los últimos lustros.

Como es sobradamente conocido, hoy podemos hablar de la existencia de, al menos, tres generaciones de derechos: 1) la de los derechos individuales, que surgen con el constitucionalismo liberal clásico de fines del siglo XVIII y principios del XIX; 2) la de los derechos sociales y económicos, que afloran en el constitucionalismo de entreguerras entrelazados, como recordara Mirkine-Guetzévitch,² con la tendencia general del constitucionalismo de esa época a la racionalización del poder, o lo que es lo mismo, a la penetración del derecho en todos los fenómenos de la vida social, y que encuentra en las constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919 su manifestación culminante, y 3) la que se conoce como tercera generación de derechos, de reciente aparición, y que constituye un ciclo aún no cerrado, dentro de la cual encontramos un conjunto de derechos que se asientan, como bien ha significado Vasak,³ en la solidaridad.

¹ Bidart Campos, Germán, J., y Herrendorf, Daniel E., *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1991, pp. 86-87.

² Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, trad. de Sabino Álvarez Gendín, Madrid, Editorial Reus, 1934, pp. 86-87.

³ Vasak, Karel, "Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: Les Droits de Solidarité" (Lección inaugural en el Instituto Internacional de Derechos Humanos del Consejo de Europa), Estrasburgo, 1979.

Cabe ahora que nos detengamos muy brevemente en una reflexión complementaria sobre esta última generación de derechos, dotados, como apunta Bonavides,⁴ de un altísimo grado de humanismo y universalidad, fruto —añadiríamos por nuestra parte— no sólo de la eclosión de un conjunto de nuevos valores sociales, mayoritariamente compartidos por amplios sectores de la Humanidad, sino también, al mismo tiempo, de la irrupción impactante en nuestro mundo, en buena medida como consecuencia paradójica de los últimos avances de la ciencia y de la tecnología,⁵ de una serie de graves amenazas directamente dirigidas a la existencia del ser humano y a la necesaria conservación de su hábitat. De esta forma, han surgido un conjunto de derechos que emergen de la reflexión del ser humano sobre cuestiones relativas a la paz, al medio ambiente, a la conservación de la Naturaleza, a la explotación racional de los recursos naturales, a la salud y a la calidad de vida, al respeto del patrimonio histórico y cultural de la Humanidad en su conjunto... etcétera. En definitiva, los nuevos valores sociales del hombre de las postrimerías de nuestro siglo han dado vida a otros tantos derechos originales perfectamente ubicables dentro de esa tercera generación a que antes aludíamos.

El reconocimiento, a veces incluso constitucional, común denominador éste de los últimos códigos fundamentales, de los nuevos derechos ha planteado con toda crudeza la problemática del diseño de mecanismos eficaces de garantía. Y es que resulta evidente que el derecho constitucional es ante todo derecho, lo que de modo ineludible exige un cauce de tutela del mismo que lo proteja frente a cualquier violación, o aún amenaza de violación, con independencia de quien sea el potencial agresor, de acuerdo con el conocido aforismo *where there is no remedy there is no right*.

Este diseño de mecanismos de garantía o, como dijera Jellinek,⁶ de unas posibilidades jurídicas de poner en movimiento la nación, se enfrenta al reto de dar una respuesta idónea al fenómeno de la llamada “contaminación de las libertades” (*liberties' pollution*), así denominada por algunos sectores de la teoría social anglosajona, expresión con la que se desea aludir a la degradación que aqueja a ciertos derechos ante determinados usos de las nuevas

4 Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 5a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 523.

5 Cfr. al respecto, Pérez Luño, Antonio E., *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías*, Madrid, 1987.

6 Recordemos que para Jellinek, a todo principio de derecho acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al derecho. Esta idea de la auto-obligación del Estado respecto a su derecho ha desempeñado, según el propio Jellinek, un papel importantísimo en la formación del constitucionalismo moderno. Cfr. al efecto, Jellinek Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1980, pp. 276 y 279.

tecnologías, circunstancia que ha dado pie a algún autor para, de modo aún más impactante, hablar del peligro de desintegración radioactiva de los derechos fundamentales.⁷

La complejidad del problema se pone de manifiesto si se advierte que buen número de los derechos de la tercera generación que se entrelazan con esos nuevos valores sociales que han despertado una especial sensibilidad por parte del ser humano de nuestro tiempo, no encuentran fácil encaje en las figuras tradicionales de los derechos públicos subjetivos o de los intereses legítimos, ni tan siquiera en la de los derechos colectivos, esto es, aquellos que siendo transindividuales e indivisibles tengan como titular un determinado grupo social o clase de personas vinculadas entre sí por una relación jurídica. Más bien se ubican dentro de lo que se conoce como los "intereses difusos", *tertium genus* entre los intereses generales y los individuales, si bien se hallan más cerca de los intereses privados que de los públicos, por cuanto, en definitiva, y como bien señala Miranda,⁸ se trata de necesidades comunes a conjuntos indeterminados de individuos que sólo pueden ser satisfechas desde una óptica comunitaria. Por lo general, reposan en circunstancias puramente fácticas, frecuentemente genéricas, contingentes y mutables: piénsese, por ejemplo, en el consumo de un mismo producto, en el goce de un mismo espacio natural... etcétera. Por lo mismo, los titulares de estos "intereses difusos" son conjuntos de ciudadanos más o menos amplios, pero en todo caso en número indeterminado y posiblemente indeterminable. Y todo ello plantea como problema más acuciante el de la accionabilidad o, si prefiere, el de la legitimación procesal para recurrir en su defensa ante los órganos jurisdiccionales.

Pero no sólo la tecnología y sus avances han incidido sobre la búsqueda de nuevos mecanismos de garantía de los derechos, también, como advierte Cappelletti,⁹ las gigantescas transformaciones de la economía han impactado sobre aquéllos en forma similar, generando la necesidad de abandonar los esquemas tradicionales, esencialmente individualistas, y como tales enteramente inadecuados, del derecho sustantivo y procesal en esta materia. En nuestro tiempo, los bienes y servicios son producidos, las más de las veces, en cadena, y distribuidos en mercados más amplios cada vez, con frecuencia

7 Rossnagel, Alexander, "Radiaktiver Zerfall der Grundrechte", 1984, cit. por Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos humanos en Europa*, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1989, p. 295.

8 Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 2a. ed., t. IV (Direitos fundamentais), Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 66.

9 Cappelletti, Mauro, "O Acesso dos Consumidores à Justiça", en Figueiredo Teixeira, Sálvio de (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo, Editora Saraiva, 1993, pp. 309 y ss.; en concreto, p. 310.

transnacionales, por lo que es de todo punto absurdo pensar en que los esquemas tradicionales del proceso entre partes puede permitir a un consumidor aislado, por poner un ejemplo, el ejercicio eficaz de sus propios derechos enfrentado con los gigantes de la economía moderna, como es el caso de las grandes multinacionales. En tales condiciones no es nada extraño que los contratos hayan perdido en la mayor parte de los casos su carácter tradicional de puntos de encuentro de voluntades individuales, para convertirse en contratos estandar asentados en cláusulas generales de adhesión.

En el caso de otros derechos hondamente arraigados en la tradición constitucional, como puede ser el supuesto de la libertad de expresión, al margen ya de asumir de modo muy acentuado una vertiente institucional que les ha dado un nuevo sesgo, en lo que ahora importa, se han revestido de un carácter social que en muchos casos ha venido a suponer el reconocimiento de la titularidad de los mismos al propio colectivo social conjuntamente con los individuos aisladamente considerados. Y ello, lógicamente, no ha podido dejar de desencadenar consecuencias en lo que a la accionabilidad del derecho se refiere.

Siguiendo con el ejemplo inmediatamente antes referido, la libertad de expresión, cabe recordar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha hecho eco en su jurisprudencia de los trascendentales cambios operados en la prensa y, de resultas, en el ejercicio de ese derecho. Y así, en su sentencia dictada en el *Caso Miami Herald Publishing Co., División of Knight Newspaper Inc. vs. Tornillo* (1974), reconoce que el público ha perdido la capacidad de responder o contribuir de una manera significativa en el debate de los distintos temas por el monopolio de los medios de comunicación, de modo tal que la finalidad de la primera enmienda a la Constitución de que el público sea informado, está hoy en peligro porque —siempre según el Tribunal Supremo norteamericano— el “mercado de ideas” es ahora “un monopolio controlado por los dueños del mercado”.

En análoga dirección, la Corte Suprema argentina, en un reciente y muy controvertido fallo, dictado en el *Caso Ekmekdjian vs. Sofovich* (7 de julio de 1992),¹⁰ ha llegado a decir que “del derecho activo a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, poco le queda al hombre de nuestro tiempo; le resta el derecho pasivo a saber, a conocer, a que le digan lo más verazmente posible lo que ocurre, es decir, el derecho social a la información”. Por lo expuesto, fácilmente se comprende que las amenazas para el ejercicio del derecho a que venimos refiriéndonos ya no provienen tan sólo de los poderes públicos, sino que también pueden surgir de la actuación de esos omnipotentes imperios de la información.

¹⁰ Puede verse la sentencia en *La Ley*, Buenos Aires, 1992-C, pp. 543 y ss.

2. Uno de los ámbitos en donde en mayor medida han impactado los avances tecnológicos, en especial en el campo de la informática, ha sido el de la intimidad personal. Aquí, de modo clarividente, se pone de relieve cómo la evolución de las fuentes, de los mecanismos del poder en la historia, de lo que constituye un buen ejemplo el progreso de la ciencia y de la tecnología, entraña nuevas y antaño desconocidas amenazas para algunos derechos.

El Estado social y democrático de derecho de nuestros días requiere para su funcionamiento eficaz de una acumulación de información en otras épocas irrelevante, y hoy verdaderamente decisiva. La informática se ha convertido así en un útil aliado del Estado por cuanto posibilita la transformación de informaciones dispersas en una información perfectamente organizada y sistematizada, y tan es así que se ha llegado a hablar de la existencia de un poder social informático, no siendo irrelevante recordar que grupos privados pueden disponer, y así acontece en la realidad, de ese poder en alguna medida. Como bien dice Pérez Luño,¹¹ esta situación ha generado una cierta psicosis o angustia persecutoria en los ciudadanos más sensibles y conscientes de las nuevas técnicas operativas de los bancos de información de datos. El ciudadano de la sociedad cibernética presiente que existen los medios para que su formación académica, sus operaciones financieras, su trayectoria profesional, sus hábitos de vida, sus adquisiciones comerciales o aún sus propias creencias religiosas o su ideología política, se encuentren perfectamente registradas en archivos susceptibles de incorporarse a una red general de teleproceso.

Estas circunstancias, radicalmente novedosas, han planteado al mundo del derecho una serie de retos que finalmente se han traducido en una nueva visión del derecho a la intimidad.

3. Las reflexiones que preceden dejan implícitamente planteada otra de las grandes mutaciones que se ha producido en nuestros días en relación con el mundo de los derechos constitucionales. Nos referimos al hecho de que, en muchos casos, los agresores de tales derechos no son tanto los poderes públicos como los grandes grupos o poderes privados.

Es evidente que los presupuestos políticos y socio-económicos actuales son bien diferentes de los de fines del pasado siglo, como ya con anterioridad hemos tenido oportunidad de exponer en alguno de sus aspectos. Hoy, buen número de derechos encuentra su satisfacción en el seno de complejas relaciones sociales y económicas que enfrentan al individuo con los grandes grupos de poder (social o económico), de forma tal que, como bien advierte

¹¹ Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 348.

Barbera,¹² los condicionamientos que esos “poderes privados”, o simplemente ciudadanos particulares situados en una posición predominante, pueden llegar a ejercer sobre la efectiva vigencia de ciertos derechos es de tal naturaleza que la tutela de los derechos se convertiría en meramente nominal o teórica si esas relaciones *inter privatos* quedaran al margen de los mecanismos constitucionales de garantía de los derechos.

Frente a la anterior situación, el argumento de la legítima autonomía de la voluntad privada se relativiza notablemente por cuanto, como señala Pedro de Vega,¹³ lo que la realidad presenta son situaciones de disparidad y asimetría entre las partes que intervienen en las relaciones tanto contractuales como extracontractuales. Lo que supone romper definitivamente, en el orden práctico, con los esquemas justificadores del dogma de la autonomía privada, cuyo fundamento último descansa precisamente en el entendimiento de las relaciones entre particulares en términos de igualdad, paridad y simetría.

Enormemente lúcidas son las reflexiones realizadas por la Corte Suprema argentina en su celeberrima sentencia de 5 de septiembre de 1958, que pone fin al *Caso Samuel Kot*, en torno al tema que nos ocupa, sentencia que supuso la admisión jurisprudencial en Argentina, hace, pues, ya más de siete lustros, del amparo frente a particulares. He aquí algunos de sus razonamientos.

No hay (...) nada que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad ‘*lato sensu*’, carezca de protección constitucional adecuada —que es, desde luego, la del ‘*habeas corpus*’ y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos—, por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos... Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material y económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una nueva fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales. Si, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal de-

¹² Barbera, Augusto, “Comentario al artículo 20. de la Constitución italiana”, en Branca, Giuseppe (coord.), *Commentario della Costituzione*, vol. 10. (Principi fondamentali), Bologna-Roma, Nicola Zanichelli Editore-Soc. Editrice del Foro Italiano, 1975, pp. 50 y ss.; en concreto, p. 107.

¹³ Vega, Pedro de, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, en *Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 46, diciembre de 1992, pp. 357 y ss.; en concreto, p. 361.

claración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país.

En consonancia con la problemática expuesta nos parece inequívoco que debiera admitirse de modo generalizado el amparo frente a particulares, y ello no acontece así en muchos ordenamientos, por lo menos de modo directo, lo que no hace sino revelarnos una más de las muchas contradicciones e incongruencias del Estado constitucional de nuestro tiempo, que pese a tener que afrontar y dar una adecuada respuesta a las demandas que plantean situaciones sociales, económicas y culturales (al margen ya de las políticas) radicalmente diferentes a las del pasado siglo, sigue, sin embargo, operando con los viejos esquemas jurídicos del Estado liberal. Como con toda razón apunta Ferrajoli,¹⁴ el *Welfare State* no ha desarrollado una normatividad propia. No ha producido una estructura institucional de garantías análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones exigibles del Estado. En suma, no ha dado vida a un régimen garantista jurídico-social que se añadiera al régimen de garantías jurídico-liberal característico de los clásicos derechos individuales de libertad, de los derechos de la primera generación. El resultado de estas carencias, la consecuencia de esta convivencia entre el viejo Estado constitucional de derecho y el nuevo Estado social es una profunda divergencia entre las estructuras legales y las estructuras reales tanto de la organización estatal como de la propia organización social.

4. La última de las reflexiones deja virtualmente planteado otro de los desafíos del Estado de nuestro tiempo: la problemática de los mecanismos de protección jurisdiccional de los que bien pueden ser considerados como los derechos de la segunda generación, esto es, de los derechos sociales. Como bien señala Cascajo,¹⁵ la positivación jurídica de los derechos sociales, con ser importante, no es un dato definitivo para analizar el nivel de protección y eficacia que alcanzan estos derechos en los distintos ordenamientos. El ejemplo alemán pone de manifiesto cómo desde una base positiva ciertamente reducida se pueden conseguir a través de la verificación jurisprudencial unos amplios y estimables resultados. Con razón indica la doctrina germana que la teoría de los derechos sociales debe atender no sólo a la tutela jurídica en sentido material, sino también prestar una mayor aten-

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, "Stato Sociale e Stato di Diritto", *Politica del Diritto*, Bologna, II Mulino, año XIII, núm. 1, marzo 1982, pp. 41 y ss.; en concreto, p. 42.

¹⁵ Cascajo Castro, José Luis, "La tutela constitucional de los derechos sociales", en *Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 5, 1988, pp. 81-82.

ción al derecho procesal constitucional, con lo que quizá puedan verse atenuadas las escasamente útiles contraposiciones entre derecho subjetivo y norma programática o, con más rigor, norma de asignación de fines al Estado. A este respecto, Cappelletti ha considerado que una de las primeras consecuencias de la labor del Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido la formulación de un conjunto de importantes afirmaciones de principio por las que se aprecia que la jurisdicción constitucional de la libertad ha contribuido a eliminar el peligro que en el ámbito de las disposiciones sobre derechos de libertad impone una radical distinción entre las normas preceptivas y las normas meramente programáticas.¹⁶

No parece que haya resquicio alguno a la duda en torno a la consideración de que los derechos de la segunda generación encuentran un ámbito de tutela mucho más operativo en las medidas legislativas de promoción que en las intervenciones de los órganos jurisdiccionales, sin que, desde luego, ello en modo alguno pueda hacernos olvidar que la jurisdicción civil y, más aún, la penal, pueden contribuir a la protección eficaz de algunos de estos derechos o intereses sociales. Ahora bien, de esa primacía en la operatividad real de estos derechos de las medidas o actuaciones legislativas o reglamentarias promocionales, no debe derivarse que resulte vedado al ciudadano todo tipo de recursos con el fin de hacer frente a aquellas inacciones de los poderes públicos de resultados de las cuales los derechos que ahora analizamos quedan convertidos 'de facto' en meras entelequias. Como resulta evidente, la problemática que estamos planteando no es otra sino la de la inconstitucionalidad por omisión.

Cuando la Constitución ordena a uno de los poderes del Estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento. Y cuando su abstención implica o involucra un daño o gravamen para una persona, dicha persona, a nuestro entender, debiera estar legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones. Que ello sea así puede tener su importancia en orden a operativizar ciertos ámbitos normativos de la *Lex superior*. Como ha advertido Bidart,¹⁷ uno de los mayores descréditos de la parte dogmática de las constituciones, y específicamente de sus cláusulas económico-sociales, suele ser en todas partes el proveniente de la falta de funcionamiento de las normas de asignación de fines a favor de sus beneficiarios por ausencia de la necesaria legislación complementaria.

¹⁶ Cappelletti, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà* (Primo studio sul ricorso costituzionale), Milano, Giuffrè Editore, 1955, p. 80.

¹⁷ Bidart Campos, Germán José, "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", en *Anuario Jurídico*, México, núm. VI, 1979, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 14.

El problema ha sido planteado por Canotilho con claridad meridiana:¹⁸

O problema é esse: bem ou mal, os textos constitucionais tendem a incorporar, directa ou indirectamente, 'ordens legiferantes' dirigidas ao legislador no sentido de este concretizar, densificar, realizar, a disciplina, fragmentária e incompleta, dos preceitos constitucionais. *Quid juris* se o legislador permanecer passivo? Qual a reacção da ordem juridico-constitucional ao silencio legislativo? Ainda por outras palavras: como obrigar um órgão legiferante a agir sempre que se verifique una inconstitucionalidade por omissão?

Es evidente que mientras la inconstitucionalidad por violación, por transgresión frontal, de la Ley fundamental tiene un carácter positivo, la inconstitucionalidad por omisión es de naturaleza negativa, en cuanto que, determinada la obligación de legislar sobre una determinada materia para que la norma constitucional tenga eficacia plena, es la inacción, la omisión de la obligación constitucionalmente contemplada la que provoca el vicio de inconstitucionalidad.

Las constituciones del último medio siglo han sido absolutamente parcas en orden a la contemplación del instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Sólo encontramos tres aisladas excepciones al respecto. La primera de ellas, poco conocida, si bien, como con acierto subraya Dantas,¹⁹ constituye el primer antecedente de este tipo de inconstitucionalidad, la encontramos en la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, promulgada el 21 de febrero de 1974. Las dos restantes salvedades constitucionales las hallamos en la Constitución de la República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, y en la Constitución de la República Federativa del Brasil, de 5 de octubre de 1988.

Con todo, la moderna dogmática constitucional, aún partiendo del principio de que la actividad de los tribunales constitucionales debe ceñirse al control de las normas o actos emanados de los órganos estatales, ha desarrollado encomiables esfuerzos en la dirección de habilitar mecanismos con los cuáles hacer frente a aquellas ilegitimidades constitucionales que tiene su origen en la inercia de los órganos legislativos en orden a la efectiva y necesaria concretización de los principios establecidos en la Norma suprema. Y así, puede constatar que en la República Federal Alemana, aunque el recurso de queja o reclamación constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) tiene

¹⁸ Gomes Canotilho, José Joaquim, "Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas", Figueiredo Teixeira, Sálvio de (coord.), "As garantias do cidadão na justiça", *op. cit.*, pp. 351 y ss.; en concreto, p. 352.

¹⁹ Dantas, Ivo, *Mandado de injunção. Guia teórico e prático*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Aide Editora, 1994, pp. 56-57.

como objeto todo acto de imperio del poder público, no de los particulares, que lesione los derechos tutelados por el recurso (básicamente los *Grundrechte*, esto es, todas aquellas situaciones subjetivas reconocidas en favor de la persona por la Ley fundamental de Bonn en el capítulo que sirve de pórtico a la misma y que abarca sus diecinueve primeros artículos), tanto la doctrina²⁰ como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) han considerado admisible el recurso frente a los comportamientos omisivos de las autoridades no legislativas, cuando tales comportamientos son lesivos de los derechos fundamentales del recurrente.

Bien es verdad que la cuestión de las omisiones del legislador se ha presentado como de mucha mayor complejidad. Con carácter general, puede decirse que se ha consagrado la inconstitucionalidad de la inercia del legislador en los casos expresa o implícitamente reclamados por la Constitución como de necesario desarrollo. En suma, como dice Canotilho,²¹ se ha tratado de no reducir la omisión legislativa inconstitucional a un simple no-hacer, a una mera abstención u omisión, sino de identificar una exigencia constitucional de acción.²²

Este desarrollo dogmático se ha consolidado en el derecho alemán con la identificación de la denominada "exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio" (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), caracterizada por el establecimiento de discriminaciones infundadas entre individuos o grupos. En estos casos, como señalan, entre otros, Schlaich y Pestalozza,²³ si la estructura normativa, o cualquier otro obstáculo de orden constitucional, no permite la declaración de inconstitucionalidad, con el consiguiente reconocimiento de los derechos de los grupos eventualmente discriminados, la supresión del tratamiento discriminatorio deberá hacerse a través de la declaración integral de inconstitucionalidad.

20 Cappelletti, Mauro, "La giurisdizione costituzionale delle libertà", *op. cit.*, pp. 81-82.

21 Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 4a. ed., Coimbra, Almedina, 1986, p. 829.

22 Como dice Schlaich, Klaus, cuando los mandatos constitucionales han sido expresamente formulados en la Ley Fundamental al legislador, una decisión favorable a la inconstitucionalidad por omisión del Tribunal obligaría, como regla general, al legislador a dictar la norma omitida en un plazo razonable. Schlaich, Klaus, "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 133 y ss., en concreto, p. 178.

23 Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, C. H. Beck, 1985, p. 170. Pestalozza, Christian, "Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen", Starck, Christian (coord.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, Mohr, 1976, vol. 1, pp. 519 y ss., en concreto, p. 533. Citados por Ferreira Mendes, Gilmar, *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, Sao Paulo, Editora Saraiva, 1990, p. 55.

En suma, en lo que ahora importa, la doctrina jurisprudencial alemana, en especial desde la conocida sentencia de 19 de diciembre de 1951,²⁴ se ha manifestado en el sentido de que pueden ser objeto de recurso de queja constitucional las omisiones del legislador, tan sólo en el supuesto de que se trate de omisiones relativas, como, por ejemplo, sería el caso de una norma legal que reconociera ciertos derechos tan sólo a determinados grupos de ciudadanos en vez de al conjunto de todos ellos, con violación inequívoca del principio de igualdad, mientras que, por el contrario, no ha admitido el recurso de queja contra las omisiones absolutas, o sea, contra la ausencia de promulgación de una norma legal al margen ya de cualquier exclusión arbitraria de beneficio.

Con independencia de la problemática que acabamos de exponer en relación con la construcción llevada a cabo por la dogmática constitucional en el plano que nos ocupa, hemos de hacernos ahora eco, bien que de modo muy sumario, en este planteamiento general de los problemas que suscitan en nuestro tiempo los nuevos desafíos de la protección jurisdiccional de los derechos, sin perjuicio de un desarrollo ulterior más detenido, de una nueva institución acogida por la Constitución brasileña de 1988: el *mandado de injunção*. A tenor del inciso LXXI del artículo 5º de dicha Constitución, se concede *mandado de injunção* siempre que la falta de norma reguladora impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.

24 Extraordinaria relevancia presenta asimismo la sentencia de 29 de enero de 1969, por la que el primer Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán revocaba un fallo del Tribunal Regional de Kiel, al hilo de su interpretación del inciso quinto del artículo 6º de la *Bonner Grundgesetz* ("Para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos"). Frente al anterior precepto constitucional, el Tribunal de Kiel se limitó a aplicar el artículo 1712 del Código Civil, anterior a la Constitución, considerando que la desventaja del hijo ilegítimo frente al legítimo era conforme a la ley, mientras que la constitucionalmente anunciada igualdad de derechos entre hijos legítimos e ilegítimos no hubiese sido hecha efectiva por parte del legislador. Ante tal interpretación de la jurisdicción ordinaria, el Alto Tribunal razonará en síntesis como sigue: Si el Poder Legislativo omite las normas de adecuación de la legislación general a la cláusula constitucional; y si esa cláusula carece de término perentorio que rijan la labor legislativa, entonces, cuando el Poder Legislativo demore más tiempo del que prudentemente puede necesitar para redactar la ley correspondiente, esa demora podrá ser considerada inconstitucional. En términos análogos se manifiesta Pina, Rolando E., *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973, p. 71. En esta obra se transcribe la totalidad de la sentencia (pp. 72 y ss.). Recordemos finalmente la doble exigencia del Alto Tribunal para la actualización por parte del juez de la cláusula constitucional del inciso quinto del artículo 6º: a. que la norma constitucional involucre un suficientemente positivo y claro contenido legal para que actúe como cláusula general directa sin que peligre insoportablemente la seguridad jurídica (lo que acontece con la cláusula en cuestión, que contiene una definición positiva de valores que al mismo tiempo indica el camino a tomar), y b. que haya vencido el plazo adecuado para sancionar la ley de adaptación.

La institución encuentra sus antecedentes en los antiguos *writs* ingleses, institutos procesales de protección surgidos en el derecho inglés al margen de la protección ordinaria del *common law*. El *writ of injunction*, en todos aquellos países en que ha sido acogido, tiene una aplicación prohibitiva; su finalidad es prevenir de manera prohibitiva la ejecución de un acto o de una ley, orientándose, pues, a evitar la violación de la ley por entidades públicas, pudiendo operar incluso frente a los efectos de la cosa juzgada para impedir la ejecución de sentencias dictadas sin observancia de los requisitos procesales necesarios.²⁵

En Estados Unidos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado, a partir de la sentencia dictada en el caso *Dombrowski vs. Pfister* (1965), la utilización del *writ of injunction* (mandamiento prohibitorio) como complemento de una petición de *declaratory judgement* (sentencia declarativa), para lograr que los tribunales federales intervengan al objeto de paralizar actuaciones de las autoridades de los estados miembros de la Unión orientadas a la investigación y enjuiciamiento de actividades criminales que se consideren comprendidas dentro del ejercicio de los derechos humanos.

El *writ of mandamus*, a diferencia del anterior, supone la solicitud ante un tribunal con el fin de que se expida un mandamiento dirigido a obligar a una autoridad a ejecutar un deber que legalmente le ha sido impuesto, aun cuando su ejercicio no haya sido todavía reglamentado. Es claro, pues, que este *writ of mandamus* (mandamiento compulsivo de ejecución) puede considerarse como el antecedente directo de la institución brasileña que ahora comentamos.

Bien es verdad que el *mandado de injunção*, como apunta Sidou,²⁶ no debe confundirse, aunque esté dirigido al mismo fin, con la acción de inconstitucionalidad por omisión. Mientras ésta regula el modo de hacer efectiva una regla constitucional, mediante la determinación de que, declarada la inconstitucionalidad por omisión, el tribunal lo comunicará al órgano competente con el fin de que adopte las medidas necesarias, lo que deberá llevarse a cabo en el plazo de treinta días si se tratase de un órgano administrativo, el *mandado de injunção*, más que la elaboración de las disposiciones reguladoras del derecho, de su régimen jurídico, pretende la realización del acto, con el fin de que de esta manera se transforme el derecho abstracto en una situación subjetiva concreta.

²⁵ Cfr. al efecto, Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México-Madrid, Universidad Nacional Autónoma de México-Editorial Civitas, 1982, pp. 89-93.

²⁶ Othon Sidou, J. M., "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: *Mandado de injunção* y *habeas data*", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, año XXIV, núm. 70, enero-abril 1991, pp. 169 y ss.; en concreto, p. 174.

Ello no obstante, su relación con la problemática que ahora nos ocupa es patente, en último término, por cuanto, como señala Canotilho,²⁷ un *mandado de injunção*, modestamente si se quiere, puede en un momento dado limitar la arrogante discrecionalidad de los órganos normativos que permanecen callados cuando su obligación jurídico-constitucional era delinear en moldes normativos reglas de canalización de los derechos y libertades constitucionales.

II. LAS NUEVAS AMENAZAS A LOS DERECHOS, DERIVADAS DE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS: EL PODER INFORMÁTICO Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

1. Hace prácticamente un siglo, en 1891, se formulaba por primera vez en términos jurídicos una nueva exigencia de libertad personal, desconocida hasta aquel entonces: el derecho a la intimidad; *the right to privacy*. Dos abogados de Boston, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en un conocido artículo publicado en la *Harvard Law Review*²⁸ daban vida a un derecho, que más tarde sería reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el derecho *to be let alone*, a ser dejado sólo, en paz, a obtener la protección de su vida íntima, de su privacidad.²⁹

El avance tecnológico ha incidido notablemente sobre el derecho a la intimidad. La computación y el mundo de la "inteligencia artificial" a que ha dado lugar, ha posibilitado la acumulación ilimitada de informaciones que pueden ser memorizadas y transmitidas, permitiendo de esta guisa, como bien dice Frosini,³⁰ la aparición de un nuevo poder de dominio social sobre el individuo: el poder informático.

El profundo impacto de ese nuevo poder social sobre ese derecho surgido en el marco del puritanismo de la sociedad bostoniana de fines del pasado siglo, furibundamente individualista, iba a desencadenar un no menos notable cambio de perspectiva en la concepción tradicional del *right to privacy*.

En efecto, al poder social informático, como nuevamente advierte Frosini,³¹ se ha contrapuesto la "libertad informática". Ésta ya no es el antiguo

27 Gomes Canotilho, José Joaquim, "Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanção de normas jurídicas...", *op. cit.*, p. 367.

28 Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D., "The right to privacy", en *Harvard Law Review*, núm. 4, 1890-1891, pp. 193 y ss.

29 Acerca del reconocimiento jurisprudencial del derecho, *cfr.* Rigaux, F., "L'élaboration d'un *right to privacy* par la jurisprudence américaine", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. XXXIII, 1980, pp. 701 y ss.

30 Frosini, Vittorio, *Informática y derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1988, pp. 109.

31 *Ibid.*, p. 35.

right to privacy como derecho a la intimidad entendida como separación y defensa de la sociedad; es un nuevo derecho social de libertad; no es ya únicamente el derecho a negar la información sobre sí mismo, sino también el derecho a pretenderla. La libertad informática se nos perfila así como el derecho de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, o lo que es lo mismo, de consentir, controlar y, en su caso, rectificar los datos informativos concernientes a la propia personalidad.

En suma, el *right to privacy* ha asumido una nueva dimensión por virtud de la cual ya no se entiende tan sólo en un sentido puramente negativo, de rechazo de la intromisión de extraños en la vida privada, o de la transmisión de informaciones a ella referidas, en la más pura línea de los derechos de la primera generación, sino que ha pasado a tener un contenido positivo por medio del cual se reconoce a cada persona el ejercicio de un control sobre el uso que pueda hacerse de los propios datos personales recogidos en un archivo electrónico de un centro de proceso de datos. La libertad informática encierra así un derecho de autotutela de la propia identidad informática, cuya primera exigencia es la protección de los datos informáticos personales frente a aquellas personas no autorizadas para conocerlos, procesarlos, modificarlos y difundirlos, razón por la que, como una vez más advierte Frosini,³² el primero de los contenidos cuya normación viene exigida por la efectividad de la nueva libertad es el del acceso al bando de datos, con el fin de, por un lado, poder disponer de toda la información almacenada en un archivo electrónico sobre la propia personalidad, y, por otro, poder rectificar ciertos datos concernientes a la misma.³³ Nace así el *habeas data*.

2. Las innovaciones experimentadas por el derecho a la intimidad han tenido su traducción inmediata tanto en la legislación como en la jurisprudencia de gran número de países.

En Estados Unidos, a partir de la promulgación, en 1966, de la *Freedom of Information Act*, los poderes públicos convirtieron en transparente para toda la comunidad datos e informaciones mantenidas en absoluto sigilo desde tiempo inmemorial. Una serie de reformas legislativas ulteriores, aprobadas entre 1974 y 1986, han posibilitado la regulación de aspectos diversos en relación con la libertad de la que nos ocupamos: a) la revelación de in-

³² *Ibid.*, pp. 73-74.

³³ En Italia, Enzo Roppo ha englobado dentro del contenido de la libertad informática estos cuatro derechos: a. el derecho de conocer si un determinado banco de datos contiene o no informaciones propias; b. el derecho de acceso, caso positivo, al contenido de aquellas informaciones; c. el derecho de rectificación, esto es, de poder corregir los datos imprecisos, y d. el derecho de conocer qué información sobre la persona interesada fue comunicada a terceros y con qué finalidad. Roppo, Enzo, "Informatica, tutela della privacy e diritti della libertà", *Computers e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè Editore, 1985, pp. 28-29.

formaciones (*disclosure of the information*); b) la ordenación del procedimiento a seguir para el ejercicio de los derechos de acceso (*right of acces*), rectificación (*correction*) o complemento (*amendment*) de los registros informáticos, y c) el procedimiento judicial necesario para conferir plena efectividad a los anteriores derechos.

En la República Federal Alemana, la primera norma legal sobre la materia (*Datenschutz* o protección de datos) proviene del *Landtag* del Land de Hesse. Es una Ley de 1970 que crea la figura del *Datenschutzbeauftragter*, esto es, del Comisario para la protección de la información. En 1977, el Parlamento Federal aprobaba la *Datenschutzgesetz*, Ley federal de protección de datos, disciplinando el almacenamiento en registros informáticos de datos, tanto por las autoridades federales como por entidades privadas. En un importante fallo, el Tribunal Constitucional Federal (sentencia de 15 de diciembre de 1983), interpretando la ordenación normativa inmediatamente anterior, entendía que sólo podía considerarse admisible, desde la óptica constitucional, la recogida y ulterior almacenamiento de informaciones referidas a "sucesos íntimos" (*intime Vorgänge*) cuando se conozca la finalidad para la que vayan a ser utilizadas. Se ha podido hablar de esta forma en Alemania de un derecho a la autodeterminación de las informaciones (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*).

El mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 6 de septiembre de 1978 (Caso *Klass* y otros), en la que se pronunciaría sobre la compatibilidad de ciertos preceptos de la Ley alemana de 13 de agosto de 1968, que restringe en ciertos supuestos el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas y telefónicas, con el artículo 8º del Convenio de Roma (derecho de toda persona al respeto de su vida privada...), afirmarí literalmente: "Característico del Estado-policía, el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos no es tolerable según el Convenio como medida estrictamente necesaria en la salvaguarda de las instituciones democráticas."³⁴

Los textos constitucionales más recientes han llegado incluso a incorporar a su articulado el contenido de la libertad informática. Es el caso de la Constitución de Portugal, cuyo artículo 35.1, tras la redacción dada al mismo en la reforma de 1982, prescribe que: "Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização". Más aún, en la reforma de 1982, uno de los nuevos párrafos adicionados al artículo 35 (el actual apartado segundo) prohíbe no sólo el acceso de terceros a ficheros con datos personales, sino tam-

³⁴ Puede verse esta sentencia en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 30, octubre de 1983, pp. 1199 y ss.; en concreto, p. 1208 (Consideraciones de derecho, II, epígrafe 42).

bién la respectiva interconexión, lo que se ha justificado³⁵ en la circunstancia de que el más grave problema que para la libertad encierra la informática es que el proceso automático de datos facilita la interconexión de ficheros, permitiendo de esta forma la creación de grandes bancos de datos en los que se plasma una suerte de retrato total del sujeto a que se refieren, y tal retrato puede ser en muchas ocasiones enormemente deformador.

La Constitución de Brasil de 1988 ha acogido igualmente en su articulado la nueva perspectiva de esta libertad. El inciso LXXII de su artículo 5º prevé que se conceda *habeas data*:

- a. para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, [y b.] para a retificação de dados, quando nao se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A la vista de esta previsión constitucional, el *habeas data* ha sido conceptualizada como una acción civil, de naturaleza constitucional, para cuya interposición está legitimado quien sea titular del derecho amenazado o lesionado por la ilegalidad o abuso de poder, con la pretensión de obtener del órgano jurisdiccional una concreta decisión de satisfacción de la pretensión jurídica de acceso, rectificación o complemento o enmienda de los registros, informáticos o no.³⁶

La doctrina brasileña ha destacado de este instituto procesal constitucional —que remonta sus orígenes a la Ley núm. 824, de 1984, del Estado de Río de Janeiro— la amplitud del sujeto pasivo afectado por el ejercicio del derecho, ya que el mandamiento exhibitorio o rectificador no sólo puede ser dirigido contra un agente del poder público, sino que basta con que el banco de datos de que se trate tenga carácter público, o bien que pueda corresponder a una función social de relevancia pública, aun cuando fue manejado por una institución privada.³⁷

La Constitución brasileña atribuye de modo expreso al Tribunal Supremo Federal la competencia para juzgar, en recurso ordinario, el *habeas data* resuelto en única instancia por un Tribunal Superior cuando éste rechace la pretensión.

³⁵ Barreiros, José Antonio; "Informática, liberdades e privacidade", *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, 1977, vol. I, p. 132.

³⁶ Tucci, Rogério Lauria y Cruz y Tucci, José Rogério, *Constituição de 1988 e processo (Regramentos e garantias constitucionais do processo)*, Sao Paulo, Editora Saraiva, 1989, p. 179.

³⁷ Othon Sidou, J. M., "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño", *op. cit.*, pp. 181-182. Para Silva, José Afonso da, *Curso constitucional positivo*, 3a. reimpr. de la 9a. ed., Sao Paulo, Malherios editores, 1993, p. 398, la expresión "entidades de carácter público" que acoge el inciso LXXII del artículo 5o., se proyecta a las instituciones, entidades y personas jurídicas privadas que presten servicios para el público o de interés público.

También la Constitución de Colombia de 1991 se ha hecho eco del *habeas data* en el inciso segundo del párrafo primero del artículo 15, que reconoce a todas las personas el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas, derecho éste con el que, a juicio de Cepeda,³⁸ se ha pretendido evitar que el individuo pierda el control sobre su propia información, desconozca quién puede hacer uso de ella, de qué manera y con qué propósitos.

Finalmente, bien que, desde luego, sin ánimo exhaustivo, hasta la reciente Constitución del Perú, de 1993, pese a estar teñida en ciertos aspectos del sesgo del autoritarismo presidencial que late en ella,³⁹ acoge en su artículo 200.3, dentro de las garantías constitucionales, la acción de *habeas data*, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los derechos a que se refieren los incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 2º (derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier autoridad pública; derecho a que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten a la intimidad personal y familiar, y derecho al honor y a la buena reputación a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. De las resoluciones denegatorias de *habeas data* conoce, en última y definitiva instancia, el Tribunal Constitucional.

También en el plano internacional encontramos el reconocimiento de la libertad informática, de lo que constituye buen ejemplo el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en septiembre de 1980, y abierto a la firma de los estados miembros el 28 de enero de 1981, convenio que, junto al principio de libre circulación de datos ente los estados miembros,⁴⁰ reconoce el derecho de acceso por parte de los interesados a las informaciones que les conciernen, con la posibilidad de cancelarlas o corregirlas cuando hayan sido procesadas indebidamente.

38 Cepeda, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Editorial Temis, 1992, p. 131.

39 Cfr. al efecto, Fernández Segado, Francisco, "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú aproximación a la Constitución de 1993", de próxima publicación en la *Revista de Estudios Políticos*.

40 Como destaca Frosini, la transmisión de datos personales de un país a otro es un aspecto importante de la nueva problemática que estamos abordando. El problema del flujo de datos personales transfronteros fue tomado en consideración ya desde la primera Ley sueca de 1973, que establecía una autorización especial para el procesamiento automático de los datos en el extranjero. Frosini, Vittorio, "Bancos de datos y tutela de la persona", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 30 (nueva época), noviembre-diciembre 1982, pp. 21 y ss.; en concreto, p. 37.

3. En España, como es sabido, el artículo 18.4 de nuestra *lex legum* determina que: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. A su vez, el artículo 105, b. prescribe que “La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Con ello, como bien señalara Pérez Luño,⁴¹ se traza una fractura entre la dimensión individual de la defensa de la intimidad frente a la informática en el pleno de las libertades públicas, y el reconocimiento en el plano colectivo del derecho a la información recogida en los bancos de datos públicos como un derecho fundamental de carácter social. La ausencia de una reglamentación unitaria y sistemática de la informática conduce al caso paradójico de reconocer un derecho al acceso a los bancos de datos públicos que carece de correspondencia en lo que se refiere al sector privado.

El desarrollo de la previsión constitucional del artículo 18.4 se ha hecho esperar casi tres lustros. Ha sido la Ley Orgánica 5 de 1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, la que, en desarrollo del emplazamiento efectuado al legislador por el citado precepto constitucional, ha procedido a articular en detalle las garantías “contra la posible utilización torticera de ese fenómeno de la contemporaneidad que es la informática”, según se afirma expresamente en la Exposición de Motivos de la propia norma legal.

Quizá el rasgo más significativo de la Ley sea el de que el sujeto pasivo es toda persona física o jurídica, pero no sólo pública, sino asimismo privada, que utilice sistemas informáticos para el tratamiento de datos personales. El artículo 2.1 de la Ley, al delimitar su ámbito de aplicación, estipula que la Ley será de aplicación:

“a los datos de carácter personal (esto es, cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, en los términos del artículo 3º, a.) que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizando, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado”.

Se viene de esta forma a suplir la paradoja constitucional a que con anterioridad aludíamos. Como señala Lucas Murillo,⁴² si no se incluyera a los par-

⁴¹ Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Informática y Libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 24 (nueva época), noviembre-diciembre de 1981, pp. 31 y ss.; en concreto, pp. 46-47.

⁴² Murillo, Pablo Lucas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 184.

ticulares entre los sujetos pasivos de lo que él denomina el derecho a la autode-terminación informativa, sin duda se menoscabaría el propósito del constituyente y la propia *voluntas constitutionis*, además ya de no darse satisfacción al Convenio Europeo de 1980 ratificando ocho años antes por España.

La Ley (artículo 14) regula el derecho de acceso del afectado, que podrá solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal incluidos en los ficheros automatizados, información que podrá consistir en la mera consulta de los ficheros por medio de su visualización, o en la comunicación de los datos pertinentes mediante escrito, copia... etcétera. Este derecho es limitado en cuanto al periodo de tiempo de su ejercicio: sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el afectado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrá ejercitarlo antes. Asimismo, se contempla el derecho de rectificación y de cancelación de los datos que resulten inexactos o incompletos.

Antes de finalizar, hemos de hacernos eco de una última cuestión. El hecho de que haya habido que esperar catorce años para el desarrollo de las previsiones del artículo 18.4 de la Constitución no significa que tal determinación, hasta el momento de su desarrollo, no haya tenido otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar *per se* pretensiones individuales. Como es reiteradísima doctrina constitucional, los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones.

Esta doctrina, unida al hecho de la ratificación por España, mediante instrumento de 27 de enero de 1984, del Convenio Europeo hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, conducirían al Tribunal Constitucional, en atención a las pautas interpretativas que nacen del Convenio Europeo de protección de datos personales (de las que se desprende, en la dirección reiteradamente expuesta, que la llamada "libertad informática" no sólo presenta un elemento negativo: el que proviene del límite que el uso de la informática encuentra en el respeto al honor y a la intimidad de las personas, sino que también acoge un contenido positivo, a modo de garantía complementaria: el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático), a otorgar amparo constitucional a un recurrente en tal vía que había instado de las autoridades administrativas competentes una información relativa a los datos de carácter personal existentes en ficheros automatizados de la administración del Estado, solicitud denegada por aquéllas mediante sendos acuerdos (de un gobernador civil y del ministro del Interior) posteriormente confirmados en la vía contencioso-administrativa, denegación finalmente anulada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 254 de 1993, de 20 de julio.

III. LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS

1. Otra problemática de indudable trascendencia jurídica en las sociedades industrializadas de nuestro tiempo es la que se refiere a los "intereses difusos" y la búsqueda de mecanismos jurídicos eficaces para su tutela.

Los intereses difusos, que bien pueden llamarse asimismo intereses de "pertenencia difusa",⁴³ porque pertenecen a muchos en común, integrando todos ellos un conjunto difuso, con lo que "lo difuso" es el grupo humano que coparticipa en el interés, y no tanto el interés mismo, que se puede percibir como concreto, se confunden con frecuencia con los intereses colectivos; en ambos casos, el bien jurídico protegido es indivisible; sin embargo, mientras entre los titulares de un interés difuso no existe relación jurídica alguna (pensemos por ejemplo en los consumidores y usuarios, si bien es cierto que últimamente han surgido organizaciones de tales, o en quienes reclaman que cesen las agresiones al medio ambiente), si que existe una relación de base entre los titulares de un interés colectivo, relación que viene dada por la vinculación directa de los miembros del colectivo (una asociación o conjunto de asociaciones) o por un vínculo jurídico que les relaciona con la parte contraria, por así llamarla (los disidentes universitarios, por ejemplo). En todo caso, la diferencia tiende a atenuarse porque cada vez son mayores los intentos de amplios sectores sociales de vertebrarse, de organizarse jurídicamente con vistas precisamente a una defensa más eficaz de esos intereses difusos.

Al tratarse de un interés comúnmente compartido por muchas personas, su afectación plantea de inmediato la problemática de su accionabilidad, esto es, de la legitimación procesal para recurrir, que con los criterios individualistas tradicionales requiere de una afectación actual y directa en la esfera jurídica (derechos o intereses legítimos) de una determinada persona, con lo que la pervivencia, en estos supuestos de interés difuso, de un criterio de legitimación procesal clásico puede poner en peligro la tutela de tales intereses. Aun cuando admitiéramos con Bidart Campos⁴⁴ que estamos ante "situaciones jurídicas subjetivas", que no se esfuman ni pierden la naturaleza de tales por la circunstancia de que cada uno de los sujetos que las titularicen compongan un grupo o conjunto humano al que le es común ese mismo interés (la afectación del interés perjudica al conjunto, y, por lo mismo, también a cada persona que forma parte de él), si mantenemos, en coherencia con ello, los criterios de legitimación procesal tradicionales y entendemos que

⁴³ Bidart Campos, Germán J., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", (*El derecho constitucional de la libertad*), t. I, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 339.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 340.

un individuo está legitimado para recurrir en defensa de un interés difuso que, sin embargo, en cuanto tal también le es propio, es más que probable que nos encontremos con notabilísimos desequilibrios entre las partes de ese proceso: una persona en defensa del medio ambiente frente a los vertidos contaminadores de una gran empresa multinacional; un consumidor enfrentado a un gran grupo de distribución de mercado...etcétera.

A la vista de todo ello, se impone, pues, una radical mutación de los esquemas tradicionales de la tutela jurisdiccional, una, como dice Cappelletti,⁴⁵ profunda metamorfosis del derecho procesal para evitar que permanezcan prácticamente desprovistos de protección los intereses difusos, cambio que posiblemente exija un abandono en ciertos casos de la idea de subjetividad como categoría del derecho público, cuya insuficiencia y efectos negativos, como bien apunta De Cabo,⁴⁶ se han manifestado en diversos sectores, uno de ellos, desde luego, el que ahora nos ocupa.

Parece necesario, consecuentemente, la búsqueda de nuevas categorías jurídicas que vinculen en estos casos la protección no tanto a un sujeto cuanto a un elemento objetivo como puede ser la protección del interés colectivo, difuso o general. A ello se vincula íntimamente la necesaria revisión del concepto tradicional de legitimación procesal, que también Fix-Zamudio ha reivindicado últimamente.⁴⁷ En la misma dirección, Häberle⁴⁸ ha entendido que el reconocimiento de una legitimación para recurrir a ciertos grupos u organizaciones podría tener una indudable virtualidad instrumental en orden a la efectividad práctica de los derechos fundamentales, porque tal efectividad se produce también a través del pluralismo de la opinión pública.⁴⁹

45 Cappelletti, Mauro, "La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil. Métamorphoses de la procédure civile", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, pp. 571 y ss.

46 Cabo Martín, Carlos de, "Democracia y derecho en la crisis del Estado social", *Sistema*, núms. 118-119 (monográfico sobre "El futuro del Estado"), marzo 1994, pp. 63 y ss.; en concreto, pp. 75-76.

47 Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", *Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992, pp. 107 y ss.; en concreto, p. 183.

48 Häberle, Peter, "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales", en López Pina, Antonio (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Universidad Complutense-Editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 328 y ss.; en concreto, p. 337.

49 También Bidart Campos, pese a entender que en los "intereses difusos" estamos también en presencia de "situaciones jurídicas subjetivas", se inclina por una ampliación de la legitimación procesal, que deba reconocerse ampliamente: a cada miembro del grupo afectado, a un número plural de miembros de ese grupo y a las asociaciones que tengan por finalidad la defensa y protección del medio ambiente, del patrimonio cultural y artístico, de los intereses de los consumidores... etcétera, es decir, de aquellos entes asociativos cuya razón de ser es precisamente la defensa de intereses difusos.

2. Las constituciones de la segunda postguerra, y de modo muy acentuado las de los últimos veinte años, se han hecho eco con mayor o menor detenimiento de los derechos o intereses difusos: derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, derecho a la salud, a la utilización racional de los recursos naturales, derecho a la seguridad y salud de consumidores y usuarios, derecho al respeto del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural, derecho a la paz...etcétera. Por el contrario, los códigos constitucionales han sido remisos en sentar reglas que propicien la protección real de esos intereses cuya tutela reclaman, con alguna salvedad a la que nos referiremos más adelante.

Así las cosas, hemos de recordar que el estudio comparativo nos revela la existencia de diferentes modelos con los cuales intentar la defensa de estos intereses. Nos referimos a continuación a ellos:

A. El primero de esos modelos es el que considera los intereses difusos como intereses públicos, atribuyendo al Ministro Fiscal la legitimación procesal con vistas a la necesaria actuación para su protección. Quizá uno de los ejemplos al respecto más claros sea el de la Constitución del Brasil de 1988, cuyo artículo 129, inciso tercero, atribuye al Ministro Público la función institucional de promover la investigación civil y la acción pública civil para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos. En Europa, como constata Cappelletti,⁵⁰ esta fórmula se ha revelado como muy poco eficaz por razones de muy dispar naturaleza, entre las que no son las menos importantes las de que, en muchos países, el Ministerio Público no tiene ni la independencia ni la especialización necesarias para convertirse en el paladín eficaz en la tutela de estos intereses, en los que se hallan frecuentemente implicados conocimientos e informaciones de naturaleza económica, industrial, tecnológica, ecológica sanitaria...etcétera.

B. El segundo modelo consiste en la creación de nuevos órganos públicos especializados, que en los últimos lustros han proliferado por muchos países, especialmente en relación con algunos de estos intereses difusos. Así, por poner un ejemplo, en materia de protección de los consumidores podemos recordar la creación en Suecia de un ombudsman de los consumidores (1970), en Inglaterra, de un director general *of Fair Trading* (1973) y en Estados Unidos, de una *Consumer Product Safety Commission* (1973). Estamos en presencia de lo que podríamos denominar agencias (u órganos) administrativas altamente especializadas, lo que si, de un lado, supone evitar el problema a que nos referíamos en el primer modelo de la falta de es-

50 Cappelletti, Mauro, "O acesso dos consumidores à justiça", *op. cit.*, p. 313.

pecialización, de otro, entraña la multiplicación de la burocracia administrativa con la disfuncionalidad que a la larga ello supone.

C. Un tercer modelo nos viene dado por la habilitación legal a personas u organizaciones privadas para que puedan instar procesalmente la defensa de derechos o intereses difusos, como si de derecho o intereses propios se tratara. Así, en Alemania se ha configurado una acción de esta naturaleza (*Verbandsklage*) a la que pueden acudir ciertas asociaciones, en especial, en materia de consumidores. Análoga solución implantó en Francia la llamada *Ley Royer* (1973) que instituyó una suerte de *action collective* que, aunque restringida tras la reforma legal de 1988, sigue legitimando a ciertas asociaciones para instar del juez civil o penal que resuelva el cese de actividades ilícitas atentatorias contra intereses difusos o, en el ámbito, por ejemplo, de los derechos de consumidores y usuarios, que ordene la eliminación de cláusulas contractuales vejatorias.

Ha sido, sin embargo, en los Estados Unidos en donde este modelo ha arraigado con mayor fuerza y relevancia a través de la llamada *class action*. Como señala Vigoriti,⁵¹ la *class action* del sistema norteamericano, basada en la *equity*, presupone la existencia de un elevado número de titulares de pretensiones jurídicas individuales, posibilitando el tratamiento procesal unitario y simultáneo de todas ellas, a través de la intervención en el juicio de un único exponente del grupo. Regulada por las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, este tipo de recursos han asumido un papel realmente central en el ordenamiento jurídico norteamericano.

En su redacción original, la *Rule 23*, reguladora de la *class action*, estableció las siguientes reglas fundamentales: a) admisibilidad de la *class action* cuando fuese imposible reunir a todos los integrantes del grupo; b) posibilidad de que el juez verifique un control sobre la adecuada representatividad, y c) competencia asimismo del juez para constatar la existencia de una comunidad de intereses entre los miembros del grupo o clase.

En 1966, las dificultades procesales plantadas por la posibilidad abierta por la ordenación de 1938 de calificar este tipo de acciones de acuerdo con un tríptico (*true, hybrid y spurious*) en el que el elemento decisivo de la calificación era la naturaleza del derecho o interés objeto de la controversia, condujeron a la reforma de la *Rule* número 23, que ha pasado a definir las *class action* de formas general y unitaria.

Tras la reforma de 1966, una acción será admisible como *class action* cuando: a) el número de los componentes del grupo sea tan elevado que no permita la intervención en juicio de todos sus miembros; b) exista una cuestión

⁵¹ Vigoriti, Vincenzo, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 254.

de hecho y de derecho común a todo el grupo; c) las demandas y excepciones de las partes correspondan a las que todo el grupo podría proponer, y d) las partes representen de forma correcta y adecuada los intereses del grupo.⁵² La ampliación de los requisitos atinentes a la admisibilidad de la acción, a título de *class action* no ha alterado sin embargo, como se ha puesto de relieve,⁵³ la circunstancia de que puedan seguir siendo tutelados por la misma derechos o intereses colectivos o difusos con independencia ya se trate de bienes indivisiblemente considerados, o de bienes divisibles o individualizables, pertenecientes personalmente a cada miembro del grupo.⁵⁴ De los requisitos precedentemente expuestos hemos de entresacar la importante consideración de que el recurso a una *class action* no requiere de la existencia de una asociación legalmente preconstituida; cualquier miembro del grupo o grupo de miembros que el juez considere “adecuadamente representativo” del mismo grupo, puede ser autorizado para litigar por el conjunto del grupo.

Hemos finalmente de significar que en el ordenamiento jurídico procesal norteamericano se posibilita que el daño resarcible en este tipo específico de procesos no tenga que circunscribirse necesariamente al daño causado a las partes litigantes, sino que pueda incluir todo el daño causado por el *mass wrong-doer*, solución jurídica, verdaderamente audaz, como resalta Cappelletti,⁵⁵ que se separa radicalmente de una concepción formal y rigurosa de algunos de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico procesal, como es que los efectos de un pronunciamiento jurisdiccional sólo pueden extenderse a las personas formalmente emplazadas y, por lo tanto, al menos presentes *de iure* en el proceso.

Aunque en sentido estricto nada tiene que ver con las *class action*, sí creemos poder ubicar dentro de este modelo el denominado *mandado de segurança coletivo* brasileño. El mandado de segurança, que remonta su origen a la Constitución de 1934, se ha convertido a lo largo de las últimas dé-

52 Asimismo, será admisible una acción como *class action* cuando: a. el enjuiciamiento de acciones separadas individuales (por parte o contra los miembros del grupo) pudiera conducir a resoluciones contradictorias con respecto a quienes no figuran en el proceso; b. el juez entienda que la cuestión común a todos los miembros del grupo debe prevalecer sobre las cuestiones atinentes a los miembros individuales considerados, y c. la *class action* es el medio que se entiende como más idóneo para la resolución de la controversia.

53 Pellegrini Grinover, Ada, “Acceso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor”, en Figueiredo Teixeira, Sálvio de (coord.), “As garantias do cidadão na justiça”, *op. cit.*, pp. 293 y ss.; en concreto, p. 296.

54 Ejemplo clásico de *class action* en defensa de derechos subjetivos divisibles fue el Caso Eisen, del que conociera el Tribunal Supremo en 1974, y en el que tres millones y medio de accionistas de la Bolsa de Nueva York recurrieron, a través del sr. Eisen.

55 Cappelletti, Mauro, “O acesso...”, *op. cit.*, p. 315.

cadadas en el principal medio de impugnación de los actos del poder público en Brasil.⁵⁶

La Constitución de 1988 prescribe en su artículo 5º, inciso LXIX, que: “Se concederá mandado de segurança para proteger derecho líquido y cierto no tutelado por *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable de la ilegalidad o del abuso de poder fueren autoridades públicas o agentes de personas jurídicas en el ejercicio de atribuciones del poder público”. La ordenación constitucional consolidada, en línea con la tradición constitucional inmediatamente anterior, la perfecta delimitación entre los instrumentos procesales del *habeas corpus* y del *mandado de segurança*, reservando el primero para la protección de la libertad personal, entendida con cierta amplitud en el sentido de libertad de circulación, y extendiendo el ámbito material del segundo, como es doctrina pacíficamente aceptada tanto por la doctrina científica⁵⁷ como por la jurisprudencia, a todos los derechos constitucionales de la persona humana, con la sola exclusión de la libertad personal, objeto de protección, como acabamos de indicar, a través del *habeas corpus*.

Quizá la cuestión más controvertida haya sido la de determinar qué ha de entenderse por derecho “líquido y cierto”. Según el concepto delineado por la doctrina y la propia jurisprudencia,⁵⁸ derecho “líquido y cierto” es el que se presenta como manifiesto en su existencia, delimitado en su extensión y apto para ser ejercido en el momento de su impetración; en otras palabras, ha de tratarse de un derecho expreso en una norma legal que reúna todos los requisitos y condiciones de aplicación al impetrante. Por lo demás, conviene destacar que la lesión del derecho puede haberse consumado, como asimismo ser tan sólo eminente.

Así perfilado, hay que señalar que el inciso LXX del mismo artículo 5º de la Constitución de 1988 institucionaliza la figura del *mandado de segurança colectivo*. A tenor del referido precepto, quedan asimismo legitimados para la interposición de un *mandado de segurança*: a) un partido político con representación en el Congreso Nacional, y b) una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento desde al menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados. Este instituto se asienta, pues, en dos elementos perfectamente

56 Barbosa Moreira, José Carlos, “El mandado de segurança”, en Morello, Augusto M. (coord.), *Tutela procesal de las libertades fundamentales*, La Plata, JUS (Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas), 1988, pp. 209 y ss.; en concreto, p. 210.

57 Castro Nunes, José, *Do mandado de segurança e outros meios de defesa contra atos do poder publico*, 7a. ed., Rio-São Paulo, 1968, p. 28.

58 Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 391.

diferenciados: uno institucional, caracterizado por la atribución de legitimación procesal a instituciones asociativas para la defensa de los intereses de sus miembros, y otro objetivo, consustanciado por el empleo de este instituto para la defensa de los intereses colectivos.

Así configurado, el *mandado de segurança coletivo* ha suscitado la problemática de si es un instituto válido para la protección de los intereses difusos. Aunque algún sector doctrinal,⁵⁹ a la vista de la exigencia constitucional de que se trate de “derecho líquido y cierto”, ha mostrado sus dudas acerca de la admisibilidad de este instituto para la defensa de intereses difusos, dudas finalmente resueltas en un sentido positivo, entendemos con la mejor doctrina⁶⁰ que aquellas asociaciones que tengan, entre sus fines institucionales, la protección de intereses difusos, como, por ejemplo, el medio ambiente, estarán indiscutiblemente investidas de legitimación para acudir a este instituto con el objeto de instar judicialmente la tutela del interés de que se trate.

D. El cuarto y último modelo de defensa de los intereses difusos está constituido por la acción popular, que al suprimir cualquier límite de legitimación para recurrir, posibilita que toda persona pueda litigar para la tutela de intereses colectivos o difusos.

Un amplio sector doctrinal⁶¹ se ha mostrado muy proclive a esta fórmula procesal, aunque algún autor favorable a la misma haya alertado sobre los peligros que encierra una tan notable ampliación de la legitimación procesal, considerando imprescindible el establecimiento de sanciones frente a las acciones temerarias.⁶² Sin embargo, Cappelletti,⁶³ aún entendiendo que se trata de un modelo utilísimo y harto simbólico en ciertos supuestos, como en el de la protección de los bienes culturales y artísticos, advierte acerca del notable riesgo que puede derivarse de una inadecuada representatividad de la parte, con el resultado incluso de que hasta el efecto de las decisiones judiciales pueda corromperse.

En todo caso, la realidad constitucional nos muestra la progresión creciente del reconocimiento de este tipo de acción. Y así, de reconocimiento

59 Silva Pacheco, José da, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 2a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 254.

60 Silva, José Afonso da, *Direito Ambiental Constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 223.

61 Véase por todos, Kötz, Hein, “Public interest litigation: a comparative survey”, en Cappelletti, Mauro (ed.), *Acces to justice and the Welfare State* (Sijthoff, Bruylant, Klett Cotta, Le Monnier; Alphen aan den Rijn, Bruxelles, Stuttgart, Firenze), 1981, pp. 85 y ss.

62 Barbosa Moreira, José Carlos, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos”, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, Giuffrè Editore, 1979, vol. 4o., pp. 2673 y ss.

63 Cappelletti, Mauro, “O acesso dos consumidores à justiça”, *op. cit.*, p. 317.

de esta acción en la legislación ordinaria⁶⁴ se ha pasado a su constitucionalización.

La Constitución de Portugal, tras su reforma de 1989, se ha situado claramente en esta dirección. En efecto, su artículo 52.3 confiere a todos, personalmente o por medio de las asociaciones de defensa de los intereses en cuestión, un derecho de acción popular en los casos y términos legalmente establecidos, y significadamente, un derecho a instar la prevención, el cese o la persecución judicial de las infracciones contra la salud pública, la degradación del medio ambiente y de la calidad de vida o la degradación del patrimonio cultural, derecho que acoge entre sus contenidos el poder requerir para la persona o personas lesionadas en sus intereses la correspondiente indemnización. Esta previsión constitucional, aunque ha ampliado los mecanismos de tutela de los intereses difusos, a juicio de Miranda,⁶⁵ ha introducido un elemento de confusión entre la acción propiamente popular (acción judicial dirigida a la defensa de los intereses públicos por parte de cualquier ciudadano) y algo diverso (aunque se le denomine con idéntica expresión), una acción colectiva, más o menos correspondiente a las *class actions* del derecho norteamericano o a figuras análogas.

También la constitución de Brasil de 1988 acoge este instituto. De conformidad con el inciso LXXXIII de su artículo 5º, cualquier ciudadano queda legitimado para ser parte legítima a los efectos de interponer una acción de esta naturaleza (*ação popular*), dirigida a anular un acto lesivo del patrimonio público o de cualquier entidad de la que el Estado sea partícipe, de la moralidad administrativa, del medio ambiente y del patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, salvo que se compruebe la existencia de mala fe, exento de toda costa judicial.

A juicio de Da Silva,⁶⁶ estamos ante una auténtica garantía constitucional de naturaleza política, en cuanto que revela una forma de participación del ciudadano en la vida pública, a la par que, asimismo, ante una verdadera acción judicial, ya que es un medio de instar una actuación jurisdiccional orientada a la declaración de nulidad del acto lesivo. Se trata, desde luego, de una garantía colectiva en la medida en que el actor popular pretende la defensa de intereses colectivos, que no personales.

64 Este es el caso de Italia, en donde una Ley del año 1967 legitimó a cualquier ciudadano para recurrir en orden a conseguir la anulación de licencias de construcción ilegítimamente concedidas por la administración pública. En Estados Unidos, la *Clean Air Act* de 1970 posibilitó un acción de cualquier ciudadano, aún no viéndose directamente lesionado en su interés, contra cualquier actividad ilegal de contaminación atmosférica.

65 Miranda, Jorge, "Manual de Direito Constitucional", t. IV (Direitos fundamentais), *op. cit.*, p. 67.

66 Silva, José Afonso da, "Curso de Direito Constitucional Positivo", *op. cit.*, p. 404.

Es preciso señalar la amplitud de los intereses protegidos, ya muy clara en la propia dicción del precepto constitucional, y más aún en su desarrollo legislativo.⁶⁷ De ahí que se considere “lesivo del patrimonio público”, todo acto u omisión administrativa que perjudica al erario o a la administración pública o que degrada bienes o valores artísticos, cívicos, culturales, ambientales o históricos de la comunidad.

En cuanto a la “moralidad administrativa” a que se refiere la norma constitucional, debe entenderse que no se trata de la moralidad común, sino de la moralidad jurídica, lo que, en definitiva, viene a suponer que la moralidad administrativa se identifique con el conjunto de reglas que disciplinan la actuación de la administración pública.⁶⁸

Digamos por último que esta acción se ha visto complementada por la denominada “acción civil pública de responsabilidad” por daños causados al medio ambiente, al consumidor o a bienes o derechos de valor artístico, estético, histórico y turístico. Esta acción, como las correspondientes medidas cautelares, puede interponerse ante el juez del lugar en que presuntamente se haya producido el daño, por el Ministerio Público, la Federación, los estados y los municipios, los organismos descentralizados, empresas públicas, fundaciones y empresas o sociedades de economía mixta, aunque también (y este es el rasgo más significativo en lo que ahora importa) por asociaciones privadas, cuando incluyan entre sus fines institucionales la protección de los referidos intereses.

A la vista de la pluralidad de modelos expuesta, de las ventajas y desventajas que cada uno de ellos encierra, no podemos sino estar de acuerdo con Cappelletti⁶⁹ cuando sostiene que la solución más eficaz ha de ser una solución “plural”, o lo que es igual, una combinación de los distintos modelos, que por lo demás pueden ser perfectamente integrados entre sí. Creemos, en consecuencia, que la efectiva tutela de los derechos o intereses difusos pasa por integrar procesalmente desde la acción pública del Ministerio Fiscal hasta la creación en ciertos ámbitos de órganos administrativos especializados, pasando por la habilitación legal para recurrir tanto de asociaciones privadas como de individuos y, en último término, posibilitando el recurso a la acción popular.

67 La acción popular, ya contemplada por la anterior Constitución brasileña, si bien no exactamente en los mismos términos, fue desarrollada por la Ley núm. 4717, de 29 de junio de 1965, que admitió su ejercicio con la finalidad de tutelar, como correspondientes al patrimonio de las entidades públicas (bien constitucionalmente tutelado), los bienes y derechos de valor económico, artístico, estético, histórico y turístico.

68 Silva, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, *op. cit.*, p. 405.

69 Cappelletti, Mauro, “O acesso dos consumidores à justiça”, *op. cit.*, p. 317.

Por lo demás, la dinamicidad de los ordenamientos constitucionales y de la misma jurisprudencia se pone día a día de relieve en este punto. Argentina nos ofrece buenos ejemplos de esta dinamicidad.

Los ordenamientos constitucionales provinciales han dado a este respecto pasos muy notables en orden a facilitar la accionabilidad de los intereses difusos. Y así, la Constitución de la Provincia de Salta, de 1986, en su artículo 88, remite expresamente al legislador ordinario a efectos de la reglamentación de la legitimidad procesal de la persona o grupos de personas para la defensa jurisdiccional de los intereses difusos. A su vez, la Constitución de la Provincia de Córdoba, de 1987, dispone en su artículo 53 que “la ley garantiza a toda persona, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, la legitimación para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocidos en esta Constitución.

Por lo demás, si los “intereses difusos” traspasan el umbral del derecho constitucional, no habrá de descartarse la posibilidad de instar de la jurisdicción constitucional su satisfacción. Podría hablarse de este modo, como ha hecho la doctrina argentina,⁷⁰ del “amparo colectivo”.

La misma Corte Suprema argentina así lo vino a entender en su conocida sentencia de 10 de mayo de 1983, dictada en el *Caso Kattan, Alberto vs. Poder Ejecutivo Nacional*, en el que otorgó el amparo solicitado por un grupo de particulares contra el Ejecutivo de la Nación que había autorizado a empresas japonesas a capturar en aguas de jurisdicción argentina, y luego a exportar, catorce ejemplares de delfines. La Corte razonaría del modo siguiente:

Están habilitados para iniciar una acción de amparo aquellos que lo hacen a título personal o en representación de sus familias, cuando la finalidad que persiguen es el mantenimiento del equilibrio ecológico, garantía ésta que se encuentra implícita en el art. 33 de la Constitución Nacional⁷¹ (...). Todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer las acciones tendentes a la protección del equilibrio ecológico (...). En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, y defender su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensa.

⁷⁰ Morello, Augusto M. y Vallefin, Carlos A., *El Amparo. Régimen procesal*, La Plata, Librería Editora Platense, 1992, pp. 211-216. Asimismo, Quiroga Lavié, Humberto, “Ha nacido el amparo colectivo, con motivo del derecho de réplica”, en *La Ley*, año LVI, núm. 168, 2 de septiembre de 1992, pp. 1 y ss.

⁷¹ A tenor del artículo 33 de la Constitución de la Nación Argentina: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

En otra Sentencia, ya citada con anterioridad, la dictada en el *Caso Ek-mekdjian vs. Sofovich*, de 7 de julio de 1992, la Corte Suprema argentina admitió la legitimidad procesal de un ciudadano para recurrir en amparo, ejerciendo una suerte de representación colectiva de un sector de la sociedad, con ocasión del derecho de réplica frente a una información difundida por un medio de comunicación social (el canal 2 de la Televisión) considerada —por el recurrente— ofensiva a los sentimientos religiosos de una parte de la población argentina (quienes profesan la religión católica).

Parte al efecto la Corte Suprema de la distinción acogida por el derecho norteamericano, a los efectos de considerar la habilitación para la revisión judicial, entre los intereses materiales, los ideológicos y los que se refieren a la vigencia efectiva de la ley.⁷² Y haciendo suya la noción del “interés ideológico”, como concepto habilitante de la accionabilidad, entiende la Corte que, dada la gravedad sustancial de la ofensa, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, en las condiciones que el legislador establezca, o el juez, frente a la omisión del legislador, estime prudente considerar, a los efectos de evitar que el derecho que aquí se reconoce se convierta en un multiplicador de respuestas interminables. “En un caso de esta naturaleza —reflexiona la Corte Suprema argentina—, quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa”.

Como con buen criterio ha estimado Quiroga Lavié,⁷³ esta importante interpretación jurisprudencial abre la acción pública a favor de cualquier ciudadano que pida amparo de cualquier interés difuso.

3. La Constitución Española de 1978 se ha hecho eco en su articulado con cierta amplitud de buen número de intereses o derechos difusos. El artículo 43.1 reconoce el derecho a la protección de la salud. El artículo 45.1, a su vez, enuncia que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona”; en conexión con este derecho, el artículo 45.2 atribuye a los poderes públicos la obligación de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, remitiéndose finalmente (artículo 45.3) al legislador para la fijación de sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, respecto de quienes violen las determinaciones inmediatamente antes fijadas. El artículo 46 atribuye a los poderes públicos

⁷² Cfr. al efecto, Stewart, Richard B., “The reformation of American Administrative Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 8, junio de 1975, p. 1669.

⁷³ Quiroga Lavié, Humberto, “Ha nacido el amparo colectivo...”, *op. cit.*, p. 1.

la obligación de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran. Igualmente, los poderes públicos quedan obligados a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos (artículo 51.1).

En el orden ya de la legitimación procesal, la Constitución reconoce el derecho a la jurisdicción para alcanzar de los jueces y tribunales la tutela de los propios derechos e intereses legítimos (artículo 24.1), si bien en el artículo 125, se habilita asimismo, aunque de modo un tanto lacónico, a los ciudadanos para el ejercicio de la "acción popular", en la que, como dice González Pérez,⁷⁴ la legitimación activa puede reconocerse en defensa de la legalidad, por lo que el demandante podrá deducir la pretensión si la necesidad de invocar la lesión de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo propio.

La acción popular presenta un especial interés en lo que ahora nos ocupa. De ella lo primero que hay que significar es que ha de ser interpretada restrictivamente,⁷⁵ esto es, en los casos expresamente reconocidos por la ley. El artículo 19.1 de la Ley Orgánica 6 de 1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, por si hubiese alguna duda, zanja la cuestión de modo tajante al prescribir que: "Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley", determinación que se complementa con la de que "no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita" (artículo 20.3 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial).

El contenido del artículo 125 de la Constitución puede ser reconducido al enunciado del artículo 24.1 de la misma (derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión), tal y como ha sido admitido por el Tribunal Constitucional,⁷⁶ para el que puede aceptarse que entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto, pero de ello, esto es, de la conexión entre derecho de acción (derecho a ejer-

⁷⁴ González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1978, p. 434.

⁷⁵ De la misma opinión es Serrano Alberca, José Manuel, "Comentario al artículo 125 de la Constitución", en Garrido Falla, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1985, pp. 1846 y ss.; en concreto, p. 1850.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 147 de 1985, de 29 de octubre, fundamento jurídico 3o.

citar la acción popular) y derecho constitucional, no puede en modo alguno extraerse la necesidad de configurar aquél (el derecho de acción, el derecho al ejercicio de la acción pública) de manera distinta, en definitiva, de esa conexión a que acabamos de aludir no puede pretenderse extraer un régimen legal diferenciado del que ha sido configurado por el legislador para la acción pública o popular.

La Constitución no señala los supuestos en que podrá ejercitarse la acción popular, si bien su ámbito material más adecuado parece que debe encontrarse en el de los intereses difusos o colectivos. En todo caso, el Tribunal Constitucional ha sostenido de modo inequívoco la constitucionalidad de la legitimación procesal de los ciudadanos para la defensa de los intereses comunes, de idéntica manera que si se tratase de intereses propios:

... Dentro de los supuestos —razona el alto Tribunal—⁷⁷ en atención a los cuales se establecen por el Derecho las acciones públicas se encuentran los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende de un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectivas, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común. Esta solidaridad e interrelación social, especialmente intensa en la época actual, se refleja en la concepción del Estado como social y democrática de derecho, que consagra la Constitución (art. 1º, 1), en el que la idea de interés directo, particular, como requisito de legitimación, queda englobado en el concepto más amplio de interés legítimo y personal que puede o no ser directo, doctrina esta última asumida por el Tribunal Constitucional en su primera jurisprudencia.⁷⁸

En nuestro ordenamiento, la manifestación clásica de la acción popular es la acción penal, que es pública y para cuyo ejercicio, con arreglo a las prescripciones legales, todos los ciudadanos españoles están habilitados, como reconoce el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, más adelante (en su artículo 270), determina que “todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley”.

A la vista del Código Penal, presenta interés especial, en lo que ahora importa, la sección segunda del capítulo 2º del título V del Libro II, que tipifica los delitos contra la salud pública y el medio ambiente. Al efecto, es de destacar el artículo 347 bis, que castiga con la pena de arresto mayor y multa de 175 mil a 5 millones de pesetas a quien contraviniendo las leyes

77 STC 62 de 1983, de 11 de julio, fund. jur. 2o. A).

78 STC 60 de 1982, de 11 de octubre, fund. jur. 3o.

o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.⁷⁹

En todo caso, en otras normas legales encontramos asimismo manifestaciones puntuales de la acción popular. En relación con la cuestión que ahora nos preocupa, los intereses difusos,⁸⁰ podemos recordar ahora que el artículo 8º.2 de la Ley 16 de 1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, declara pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. Asimismo, el artículo 235.1 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana (texto refundido aprobado por Real Decreto 1346 de 1976, del 9 de abril) califica como pública la acción para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas.

Al margen ya de la acción popular, hemos de hacernos eco de algunas otras vías que el ordenamiento jurídico español ha instrumentalizado en los últimos años para la tutela de intereses difusos.

La defensa de los consumidores y usuarios ha sido abordada por la Ley 26 de 1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios. La Ley atribuye (artículo 20) un derecho de representación a las asociaciones de consumidores y usuarios que se constituyan con arreglo a la Ley de Asociaciones y tengan como finalidad la defensa de los intereses de aquéllos, incluyendo la información y educación de los mismos, bien sea

⁷⁹ Es un dato de interés el significar que en los últimos años han crecido de modo verdaderamente espectacular las acciones judiciales por delitos de atentados contra el medio ambiente. Según la información proporcionada por el diario *El País* en su edición del 31 de marzo de 1994, entre 1990 y 1992, se presentaron 50 mil denuncias, pero paradójicamente sólo hubo una veintena de sentencias condenatorias.

Siguiendo las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, se advierte que es en el año 1990 cuando se produce un espectacular incremento, pasándose de los 134 procedimientos por delito ecológico en 1989 a los 616 del año siguiente. Sin embargo, en la memoria del año 1993, la crítica de la Fiscalía a la actual redacción del artículo 347 bis del Código es clara: tras constatar que el ámbito de protección penal del medio ambiente se centra en ese precepto, se señala que se trata de una "norma penal en blanco", cuyo contenido integrador está compuesto por una normativa muy numerosa y muy dispersa.

⁸⁰ Al margen ya de los intereses difusos entendidos en su sentido tradicional, si bien es interés de la colectividad la regularidad y legalidad de los procesos electorales, recordaremos ahora que el artículo 151.2 de la Ley Orgánica 5 de 1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, dispone que la acción penal que nace de los delitos electorales es pública y podrá ejercitarse sin necesidad de depósito o fianza alguna.

con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados. Estas asociaciones, que pueden llegar a ser declaradas de utilidad pública, representan a sus asociados y quedan habilitadas para ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la Asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, disfrutando del beneficio de justicia gratuita en aquellos casos en que los derechos de consumidores y usuarios guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. La Ley dedica asimismo un capítulo a las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión, disponiendo (artículo 23) que los poderes públicos y, concretamente, los órganos y servicios de las administraciones públicas competentes en materia de consumo, adoptarán o promoverán las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario. Sin dejar de reconocer que esta Ley ha supuesto un paso adelante en relación con la normativa preexistente, lo cierto es que en ella no se vislumbran procedimientos eficaces para asegurar de modo real la tutela y protección de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios. En el fondo, la norma legal sigue estando regida por una concepción individual de la tutela de los derechos e intereses en juego, aunque abra paso a la intervención de las asociaciones mencionadas, pues esto no es lo realmente decisivo para superar esa concepción tradicional, que se refleja en la existencia de una idea de tutela *a posteriori*, esto es, una vez producida la actuación abusiva de los operadores económicos, mientras que la presencia previa de los entes asociativos que representan a los consumidores y usuarios, por ejemplo, en la promoción de las medidas que han de garantizar con eficacia el respeto de estos derechos difusos, pero no por ello menos auténticos y trascendentes, es poco menos que simbólica.

En una dirección que nos parece debe ser la correcta, y que refleja una actuación previa de las asociaciones a que acabamos de aludir, debemos de situar la previsión del artículo 25.1 de la Ley 34 de 1988, de 11 de noviembre, General de publicidad, que habilita a las asociaciones de consumidores y usuarios (conjuntamente con los órganos administrativos competentes, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo) para solicitar de un determinado anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita, quedando abierta, en los casos de silencio o negativa a rectificar del anunciante, o cuando no tuviere lugar el cese de la publicidad ilícita, al requirente la posibilidad de ejercer las acciones legales a que se refiere la propia Ley en sus artículos 28 y siguientes.

En definitiva, en España restan pasos muy importantes que dar para acomodar la tutela de los intereses difusos a los nuevos retos del Estado social y democrático de derecho.

IV. EL NECESARIO RECONOCIMIENTO DE LA EFICACIA INMEDIATA DE LOS DERECHOS EN TODO TIPO DE RELACIONES

1. Una nueva cuestión problemática nos viene planteada por el que podemos denominar "amparo frente a particulares". Tradicionalmente, se ha considerado que el amparo por violación de derechos fundamentales sólo procedía frente a aquellas lesiones de derechos causadas por la actuación de los poderes públicos, tesis que, como advirtiera Balladore-Pallieri,⁸¹ venía abonada por la concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos cuyo único sujeto pasivo era el Estado. Sin embargo, esta tesis ha quebrado en el Estado social de derecho por las razones que de modo sumario expusimos en un momento anterior, sin que ello entrañe desconocer que, efectivamente, determinados derechos fundamentales, por su propia naturaleza, generan obligaciones tan sólo frente al Estado; el derecho a la jurisdicción puede citarse como un ejemplo paradigmático al respecto. Pero, a la inversa, no es menos cierto que existen derechos cuya eficacia se proyecta básicamente en las relaciones entre particulares; el derecho de huelga es un buen ejemplo de ello. Por otra parte, hay derechos fundamentales cuyas posibles colisiones con otros derechos asimismo fundamentales están llamadas a producirse en el marco de las relaciones *inter privatos*. El derecho a la libertad de cátedra de un profesor de enseñanza media puede chocar con el derecho de la persona, física o jurídica, que crea un centro docente a fijar el ideario educativo del mismo.

Las reflexiones que acabamos de hacer corroboran de modo cumplido que los derechos constitucionalmente enunciados, al igual que el resto de las normas de la *Lex superior*, tienen como destinatarios no sólo a los poderes públicos, sino también al conjunto de la ciudadanía, algo que por otro lado deja, con carácter general, inequívocamente claro el artículo 9º. 1 de la Constitución española.

Es cierto que puede suscitarse aún otra objeción, en esta ocasión no tanto desde la perspectiva de los sujetos obligados cuanto desde la óptica de que las relaciones *inter privatos* vienen regidas por lo general por el principio de la autonomía de la voluntad, formalmente consagrado por el artículo 1255

⁸¹ Balladore-Pallieri, G., *Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1972, pp. 393 y ss.