

Tutela de los derechos colectivos: acceso a la justicia, principio preventivo y responsabilidad civil.

Por Ramiro J. Tabossi Chaves.

Sumario: I. Introducción.- II. Acerca de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.- III. Las acciones de incidencia colectiva: concepto, caracteres y presupuestos.- IV. La cuestión de la legitimación en los juicios colectivos.- IV.1. El afectado.- IV.1.a. Tesis restrictiva.- IV.1.b. Tesis amplia.- IV.1.c. Tesis amplísima.- IV.1.2. Análisis jurisprudencial en materia de legitimación sobre la figura del afectado.- IV. 2. El Defensor del Pueblo.- IV.2.1. Análisis jurisprudencial en materia de legitimación sobre la figura del Defensor del Pueblo.- IV.3. Las asociaciones.- IV.3.1. Análisis jurisprudencial en materia de legitimación sobre la figura de las asociaciones.- V. Análisis del fallo “Mendoza, Beatriz S. c. Estado nacional y otros s. Daños y perjuicios, bajo el prisma de la función preventiva de la responsabilidad civil legislada en el Código Civil y Comercial. V.1. Constitucionalización del principio de prevención. V.2. Análisis económico del derecho. V.3. Funciones. V.4. Daño. VI. A modo de epílogo.-

I. Introducción:

El fin del milenio pasado encontró a los operadores jurídicos de variados sectores (judiciales, profesionales, legislativos, académicos, etc.) buscando soluciones alternativas a fin de dirimir los cada vez más numerosos y diversos pleitos que se suscitan cotidianamente en el seno social.

Tal búsqueda es el resultado de una realidad que, mal que nos pese, es evidente para todos: los tradicionales procedimientos judiciales para ser insuficientes para satisfacer adecuadamente la demanda de justicia¹; derecho

¹ Al respecto, véase Quiroga Lavié, Humberto, “¿Es eficiente el sistema jurídico? Constitución y Organización”, Ciudad Argentina. Ante la pregunta formulada en el título de dicha obra, el destacado jurista responde: “Evidentemente no lo es. Asumir remedios organizacionales se hace

fundamental que si bien la Constitución histórica lo consagrara de manera implícita en su art. 18, los Tratados de Derechos Humanos incorporados por nuestro país en el art. 75 inc. 22 constitucional lo hacen en forma expresa: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 28 dispone “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos”; la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8 prevé que “Toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente”, etc.

Vimos de esta manera nacer la mediación tanto en legislación nacional (ley 24.573 y modif.) como en múltiples leyes provinciales (ley bonaerense 13.951, ley tucumana 7844, ley mendocina 6354, etc.). Asimismo observamos cómo se incorporaba la conciliación en algunos ordenamientos procesales (art. 360, CPCN). Auscultamos también el desempeño de arbitrajes como el ejercido por los amigables compondores. En fin, presenciamos la génesis de procedimientos que, si bien heterogéneos entre sí, persiguen idéntica finalidad: acelerar la solución de conflictos; a veces, al margen del poder judicial².

Pero, ¿sería necesario recurrir a estos “métodos alternativos” si la tutela judicial fuera realmente “efectiva”?³ El interrogante queda planteado. No es el propósito de este trabajo juzgar los pros y los contras de tales institutos. No obstante, seguramente que si los términos judiciales en la resolución de los conflictos llevados a sus estrados fueran otros, ninguna de estas figuras habría cobrado tanta notoriedad.

imperioso para encontrarle solución al agudo problema del colapso de nuestro sistema de Justicia” (“El Amparo Colectivo”, p. 8, Rubinzal-Culzoni).

² Bidart Campos, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, t. II, p. 290, Ediar, 1998.

³ En otro trabajo definimos a la misma como el derecho mediante el cual toda persona puede exigir que se le brinden las garantías mínimas de acceso a la justicia para, a través de los debidos cauces procesales, obtener una decisión sobre las pretensiones propuestas (Tabossi, Ramiro J., “¿Se compadece el doble procedimiento en materia de familia instaurado por la ley 13.634 con los principios de igualdad y tutela judicial efectiva?”, L.L.B.A., 2009 (noviembre), 1061).

Ante tal estado de situación, debe procurarse encontrar las maneras de robustecer el derecho a la jurisdicción. Así, el justiciable contará con la principal herramienta a fin de que se le reconozcan sus derechos en conflicto: el Servicio de Justicia⁴.

Pues bien, ¿en qué consiste este derecho fundamental? Precisa el profesor Gozaíni que “el acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones”, aunque aclara que, no obstante, “no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas, estas son requeridas como presupuestos formales de admisión...”⁵.

A partir de la sanción de la ley de defensa del consumidor n° 24.240, de la reforma constitucional del año 1994 -artículos 41, 42 y 43- y de la evolución de la jurisprudencia -especialmente los casos “Mendoza”⁶ y “Halabi”⁷, de la Corte Suprema nacional- se ha fortalecido enormemente este esencial derecho en nuestro país a través de un eficaz instrumento que permite una mejor tutela judicial. Hablamos, sí, de las acciones de incidencia colectiva.

Conforme a la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución nacional, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (a la finalidad de defender los derechos

⁴ Apuntan Aguiar de Luque y Perales que ya a fines del siglo diecinueve Jellinek había advertido acerca de la importancia de la jurisdicción como garantía de los derechos, y que en la actualidad está fuera de toda duda que la más efectiva protección de éstos es la que ofrecen los tribunales de justicia. (“Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales”, AAVV: “Diez años de la ley orgánica del Defensor del Pueblo, Problemas y perspectivas”, Madrid, 1962, 165; cits. por Maiorano Jorge, “Amparo colectivo. Legitimación del Defensor del Pueblo. Cosa juzgada”, en “Derecho procesal constitucional”, Masciotra (Dir.)-Carelli (Coord.), Ad Hoc, p. 165).

⁵ Gozaíni, Osvaldo A., “El debido proceso”, Rubinzal-Culzoni, p. 90.

⁶ C.S.J.N., 20/06/2006, L.L., 2006-D, 157, con nota de Daniel A. Sabsay; C.S.J.N., 08/07/2008, comentarios a este fallo pueden verse en Sola, Juan Vicente, “Tratado de Derecho Constitucional”, t. V, págs. 437 y ss., La Ley, 2009.

⁷ C.S.J.N., 2/03/2009, L.L., 2009-B, 157, con nota de Juan Vicente Sola.

de incidencia colectiva) se encuentran legitimados para interponer una acción de amparo contra *cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general*. Está por demás claro que tal norma es directamente operativa⁸. Sin embargo, creemos que la recepción que la misma le ha otorgado al amparo colectivo necesita de una reglamentación que atienda a sus particularidades; verbigracia: competencia en razón del territorio y la materia, control de la legitimación activa mediante la llamada certificación de clases, publicidad y notificación a los interesados, cosa juzgada con efecto expansivo para todos aquellos individuos que integren la clase (hayan o no participado o tomado conocimiento del proceso), etcétera. Ciertamente es que recientemente la Corte Suprema sancionó en ejercicio de sus funciones materialmente legislativas la reciente Acordada N° 12/2016 por la cual se aprobó un “Reglamento de actuación en procesos colectivos”, pero también lo es que el propio tribunal justificó su proceder bajo la invocación de una “insuficiencia normativa” (considerando 7º, Acordada cit.), y es que en rigor, como lo ha sostenido la doctrina especializada, no existe ninguna norma que regule integralmente los procesos colectivos⁹.

⁸ A propósito de ello, dable es recordar que la Corte Suprema repetidamente ha sostenido que “donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido (...), pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (“Siri”, “Kot” y “Halabi”, entre otros). Decían al respecto Claudio Gómez y Marcelo Salomón que “la falta de reglamentación del legislador de las llamadas ‘acciones de clase’ no es óbice para acceder a la justicia, ni para que ésta se encuentre en el deber de expedirse, atento a que el art. 43 de la Constitución Nacional es una cláusula operativa y la Justicia tiene el mandato inexorable, por ser un poder del Estado, de darle eficacia” (“La legitimación activa de las asociaciones”, L.L., 2006-F, 714). “De hecho -expone Quiroga Lavié- así se desprende de la numerosa jurisprudencia producida en las instancias ordinarias de la justicia argentina que ha aplicado directamente dicha cláusula, sin oponerse a hacerlo invocando carácter programático a la misma” (“El amparo...”, cit., p. 207).

⁹ Verbic, Franciso y Sucunza, Matías A., “Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema”, L.L. 2016-C. Agregan dichos autores que las únicas dos leyes con algunas previsiones sobre la materia son la Ley General del Ambiente (N° 25.675) y la

No obstante, el mentado artículo 43 de la C.N. tiene correspondencia en el Código Civil y Comercial de la Nación que reconoce expresamente los derechos colectivos en los artículos 14¹⁰, 240¹¹, 1737¹² y concordantes. En el artículo 14 se establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. También es por demás plausible la incorporación al digesto sustancial de la acción preventiva a fin proteger bienes colectivos, como lo es sin duda el medioambiente.

En el transcurso de este trabajo se definirá y caracterizará a las acciones de incidencia colectiva, se expondrán las diferencias existentes entre los derechos que aquellas procuran tutelar (difusos, colectivos, individuales homogéneos), se tratará particularmente la cuestión de sus legitimados, reseñando la jurisprudencia más relevante sobre el tópico; y se tratará con particular detenimiento la aplicación del principio de prevención, como se dijo, ahora ingresado al Código Civil y Comercial, en la causa “Mendoza”.

II. Acerca de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Empero, ninguna de ellas contiene provisiones relativas a requisitos de la demanda; razón por la cual el tema continúa rigiéndose por lo dispuesto en el art. 330, CPCCN y cons. En análogo sentido y dando cuenta además que las llamadas sentencias atípicas, calificadas como integradoras o aditivas, sustitutivas y exhortativas tienden a remediar la omisión del poder legislador o del reglamentario, Palacio de Caeiro, Silvia B. y Junyent de Dutari, Patricia, “El amparo colectivo y la reciente acordada de la Corte Suprema”, L.L. 2016-D.

¹⁰ Art. 14 CCyC: Derechos individuales y de incidencia colectiva: En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

¹¹ Art. 240 CCyC: Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

¹² Art. 1737 CCyC: Concepto de daño: Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

Nos parecen exageradas ciertas voces que predicán que la era de los derechos subjetivos llegó a su fin con la clausura de la centuria pasada para dar lugar a un nuevo período caracterizado por la prevalencia de lo colectivo por sobre lo individual¹³.

Sin embargo, es completamente cierto que, si promediando el siglo pasado se hizo evidente en nuestro país la necesidad de dar amparo constitucional a los llamados derechos sociales y económicos (adhiriendo al denominado constitucionalismo social mediante las reformas de 1949 y 1957), la reciente etapa histórica del Derecho Constitucional se caracteriza por el surgimiento y la correlativa protección jurídica de los denominados derechos de tercera generación.

Como se sabe, la nota característica que define a estos derechos (acceso a un medio ambiente apropiado, defensa de los consumidores y usuarios, protección del patrimonio histórico - cultural, etc.) es su llegada supraindividual; es decir, si bien son derechos de índole disímil, tienen en común la defensa de intereses que por diversos factores rebasan la órbita subjetiva. Esta afirmación se comprende mejor al constatar que las acciones antijurídicas que los vulneran, afectan por lo general a una enorme pluralidad de sujetos, la mayoría de las veces indeterminados¹⁴.

Señalamos desde ahora que los constitucionalmente legitimados para accionar mediante un proceso colectivo, pueden hacerlo siempre y cuando estén en juego derechos difusos, colectivos o bien individuales homogéneos. Así, pues,

¹³ Compartimos, en cambio, la posición de Maiorano, quien opina que, en todo caso, hay que considerar a los derechos colectivos como un elemento indispensable para el eficaz y más adecuado desarrollo de todos y cada uno de los individuos en sí mismos considerados. Ob. cit., p. 162.

¹⁴ Piénsese en los millones de personas afectadas por la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo; colectivo que fue defendido en la causa “Mendoza; Beatriz Silvia y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/daños y perjuicios”, L.L. del 23/07/08, p. 7, con nota de Alejandro Drucaroff Aguiar y otros. Fallo que se analiza más adelante en capítulo aparte.

resulta menester caracterizar y destacar las diferencias de cada una de estas prerrogativas. Veamos.

En las dos primeras categorías de las mencionadas, los derechos tutelados son transindividuales e indivisibles; ello, porque son compartidos por un grupo de manera tal que no pueden escindirse en pretensiones individuales separadas (el interés trasciende lo meramente subjetivo) y porque no es posible dividir el derecho en proporciones adjudicables a cada uno de los integrantes del grupo¹⁵, de modo tal que la sentencia que eventualmente reconozca el daño ocasionado a uno de sus miembros reclamantes, necesariamente será comprensiva respecto de los demás; de ahí sus efectos *erga omnes*¹⁶.

La diferencia entre dichas clases de derechos de incidencia colectiva radica en que en los **difusos** el interés es de titularidad de un sector indeterminado de personas, quienes, entre sí, carecen de una relación o vínculo jurídico previo; de forma tal que este número indefinido de individuos está ligado tan sólo por hechos circunstanciales (vivir en el mismo vecindario, comprar el mismo producto, etc.). Es decir, no están “organizados” en una entidad que los aglutine, como sería el caso de los agremiados a un sindicato, los matriculados a un colegio profesional, los afiliados a un partido político, etc. De modo que los sujetos incluidos en esta esfera protectoria integran “categorías” impersonales, v.gr.: usuarios, consumidores, beneficiarios del medio ambiente¹⁷.

¹⁵ El típico ejemplo es el de la contaminación del medio ambiente y todo lo relacionado con la temática ecológica. Derecho fundamental incorporado en la Constitución nacional con la reforma de 1994 (art. 41).

¹⁶ Con respecto al alcance de la *res iudicata* en procesos colectivos el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica -en su versión originaria- hacía un distingo cuando se trataba de derechos difusos o colectivos. En efecto, para los primeros decía que debía hablarse de efectos *erga omnes*, mientras que cuando se encontraban en conflicto los segundos los efectos eran “ultrapartes”. En rigor, como se sostuviera desde la doctrina, no existe utilidad alguna en predicar tal distingo. Se entiende que en ambos regímenes la sentencia surte efectos más allá de los sujetos que intervinieron en el proceso.

¹⁷ Punzi, Carmine, “La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi”, G. Giappichelli Editore, 2003, 17-18; cit. por Giannini, Leandro J., “Los procesos colectivos y la tutela de

Mientras que en los **colectivos**, el derecho reside en cabeza de un sector o grupo determinado de la sociedad, que conforman una unidad jurídica como las mencionadas más arriba (asociación, sindicato, partido, etc)¹⁸. Vale decir que sus integrantes se encuentran vinculados por una relación jurídica previa, v. gr: clientes de un banco que cobra cargos indebidos a los usuarios de tarjetas de crédito o asociados a una empresa de medicina prepaga que se rehúsa a dar tratamiento en los casos de ciertas enfermedades¹⁹.

Pues bien, toca ahora conceptualizar la tercera categoría de derechos de incidencia colectiva: los -siguiendo la terminología empleada por la Corte- referentes a intereses **individuales homogéneos**²⁰. A diferencia de los otros casos, el objeto de tutela de estos no recae en bienes colectivos sino en derechos individuales enteramente divisibles²¹, no obstante, “hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto (...) hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño” (del voto en disidencia del juez Lorenzetti en “Mujeres por la vida”²²). La nota característica de los derechos individuales homogéneos reside, pues, en el “origen común” del hecho lesivo. Hecho dañoso que, como sostuvo el reconocido civilista, puede ser “único”, esto es, el que ocurre en un sólo acto, como sería, por ejemplo, el corte

derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de derechos de incidencia colectiva”, L.L., 2008-A, 97.

¹⁸ En tal sentido: Rivas, Adolfo A., “Derechos subjetivos, intereses difusos y acción popular”, E.D., 135-861; Rosales Cuello, Ramiro, “Nueva etapa en la vida del amparo”, E.D., 161-956; Gómez, Claudio D., “La legitimación del afectado del artículo 43, 2º párrafo de la Constitución Nacional: doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba”, L.L., 2002-C., 521.

¹⁹ De los Santos, Mabel, “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, Revista Internauta de Práctica Jurídica, agosto-diciembre, 2006.

²⁰ C.S.J.N., “Halabi”, cit., considerando nº 9.

²¹ Al respecto, señala De los Santos “son los mismos derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema del derecho civil como “derechos subjetivos” (op. cit.).

²² C.S.J.N., 31/10/2006, L.L. 2006-F, 464.

de energía eléctrica o una explosión²³, o puede ser también “continuado”, por ejemplo, el consumo por cientos de personas de un producto en mal estado.

En consecuencia, en los casos en que se afecten los derechos individuales de una pluralidad relevante de sujetos, la pretensión procesal en clave colectiva será viable solamente en aquellos supuestos que tal vulneración masiva provenga de una causa-fuente única.

III. Las acciones de incidencia colectiva: concepto, caracteres y presupuestos.

De los lineamientos ya expuestos se desprende que la acción de incidencia colectiva puede definirse como un proceso promovido por un representante grupal que contiene una pretensión común a una gran mayoría de personas que han sido afectadas en sus derechos por una misma causa fáctica y, como dice Gidi²⁴, cuya sentencia obligará al grupo como un todo. Como se observa, de la conceptualización vertida surgen los elementos esenciales y particulares de este tipo de acción judicial: la legitimación colectiva, los alcances subjetivos de la cosa juzgada y el específico tipo de derechos que son objeto de protección: los derechos de grupo o colectivos.

La principal característica de esta clase de acción es la necesidad de un tratamiento colectivo o multisubjetivo para viabilizar el acceso a la justicia. Ello, porque ante los gastos y riesgos, molestias y desconocimiento que irrogan estos pleitos, es obvio que si no se instalan en forma colectiva, no se instalarán nunca²⁵.

Dicho esto, cabe preguntarse cuáles son los parámetros a tener en cuenta para constatar la necesidad de que un conflicto tramite en clave colectiva.

²³ Arazi, Roland, “Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la ley 24.240 (ley 26.361): legitimación y cosa juzgada”, J.A., 2008-III, 1193.

²⁴ Gidi, Antonio, “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países de derecho civil)”, p. 31, Universidad Nacional Autónoma de México.

²⁵ Quiroga Lavié, “El amparo...”. cit., p. 202.

Para responder a este interrogante bien podemos echar mano al derecho comparado, específicamente al sistema de acciones de clases estadounidenses previsto en las *Federal Rules of Civil Procedure*, cuya Regla 23²⁶ establece que se deben verificar en el caso la concurrencia -entre otros- de los siguientes presupuestos:

a) La numerosidad del grupo debe ser tan elevada que el litisconsorcio de la totalidad de sus integrantes resulte prácticamente imposible de realización²⁷.

b) La existencia de cuestiones de hecho y de derecho comunes a los miembros del grupo. En el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica²⁸ se plasma tal recaudo en su art. 2º con la siguiente expresión: “Son requisitos de la demanda colectiva (...) la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto”.

La prevalencia del factor común acontece, por ejemplo, en los casos en que miles de usuarios reclaman por una alícuota o cargo ilegítimamente incorporado a una factura de gas, de obras sanitarias, de teléfono, en fin, por el servicio público o privado mal prestado o dejado de prestar.

Por su parte, el requisito de “utilidad” se verifica, por ejemplo, cuando los intereses individuales, considerados aisladamente, no justifican la promoción de una demanda por ser el costo del reclamo mayor que el de la afectación. Es que las acciones colectivas hacen posible pleitos donde hay muchos perjudicados por pequeños montos y demandados muy poderosos²⁹. Acierta entonces Giussani

²⁶ Texto legal disponible en www.classactionlitigation.com/rule23.html.

²⁷ Afirma Lorenzetti que los intereses colectivos o difusos no son eficazmente tutelables en un proceso pensado para conflictos bilaterales, ello porque “el grupo es tan numeroso que resulta impracticable llevarlos a todos a juicio” (Lorenzetti, Ricardo L., “Justicia Colectiva”, p. 27, Rubinzal-Culzoni).

²⁸ El plexo normativo mencionado se encuentra disponible en www.iidp.org.

²⁹ Dice al respecto Juan Vicente Sola en su trabajo “El caso Halabi y la creación de las acciones colectivas”, L.L., 2009-B, 154: “En términos generales, la acción colectiva ocurrirá cuando

al sostener que la tutela colectiva no se impone tanto por la indivisibilidad de la situación conflictiva ni por la necesidad de dar solución uniforme a la controversia, sino más bien por simple conveniencia práctica y razones de economía procesal³⁰.

En suma, para admitir la acción colectiva el tribunal debe analizar antes que todo si concurren tres requisitos imprescindibles: 1º) Una causa fáctica común, 2º) Una pluralidad de sujetos que hayan sido afectados en sus derechos en forma similar y 3º) Que la acción colectiva sea la vía necesaria para posibilitar el efectivo acceso a la justicia. Si la demanda no cumple dichos requisitos de procedibilidad no puede ser admitida y corresponde por lo tanto su rechazo *in limine*.

IV. La cuestión de la legitimación en los juicios colectivos.

Llegamos así a una de las cuestiones más álgidas de la problemática en tratamiento. Es que la ampliación constitucional del elenco de legitimados para accionar colectivamente estriba, evidentemente, en la idea de posibilitar un acceso amplio a la jurisdicción, de facilitar a *los afectados ese petitionar ante las autoridades* que predica el art. 14 de nuestra Constitución.

Como decíamos, los constituyentes de 1994 ampliaron el espectro de legitimados otorgándole legitimación colectiva al afectado, pero además de ello, también lo hicieron en cabeza del Defensor del Pueblo y de las asociaciones especiales (*que propendan a estos fines*, según la pluma del constituyente); asignando así una legitimación anómala o extraordinaria caracterizada por la circunstancia de resultar habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legítimas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquél se

aparecen tres situaciones básicas: la primera es un gran número de actores. El segundo elemento es que la pérdida sufrida por cada uno de los actores sea relativamente pequeña que desaconseje su reclamo individual. El tercero es que los costos tanto administrativos como judiciales para cada acción individual sean relativamente altos”.

³⁰ Giussani, Andrea, “Studi sulle class actions”, Padova, Cedam, 1996; cit. por Verbic, Francisco, “Procesos colectivos”, p. 21, Astrea.

controvierte, produciéndose de esta manera una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial³¹. Ello es así, porque, como es sabido, la legitimación activa se refiere a la coincidencia entre la persona a la que la ley le concede el título de pedir y la persona que actúa como actor³², y en el particular caso de las acciones colectivas esto no es necesariamente de esa manera puesto que, en materia de legitimación, lo relevante en estos procesos no es la acreditación por parte del actor de la materialidad de su derecho sino solamente la comprobación que formalmente pertenece a la categoría de aquellos sujetos que la ley ha tenido en cuenta al regular sus efectos, pues lo que interesa no es tanto la perfección formal de quien actúa, sino la reparación del daño público que es preciso evitar. “Este es el criterio -afirma Quiroga Lavié, que por su rol en la Convención Constituyente ofrece una explicación de primera fuente- que ha tenido nuestro art. 43 constitucional para otorgarle legitimación al afectado (en tanto integrante de un grupo o sector social), a las asociaciones registradas a tal fin y al defensor del pueblo”³³.

Veamos, pues, los legitimados constitucionalmente, manteniendo el orden sucesivo fijado por el constituyente en el mentado art. 43, 2º párrafo:

IV.1. El afectado:

Cabe preguntarse aquí si “el afectado” al que alude la normativa constitucional es el mismo individuo comprendido en la expresión “Toda persona” con la que inicia el primer párrafo del precepto de mención.

³¹C.S.J.N., 26/06/2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional”, L.L. 2007-E, 145.

³² C.S.J.N., “Defensor del Pueblo”, cit. Por su parte, Lino Palacio define dicho recaudo procesal como “aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de materia sobre la cual versa el proceso (“Derecho Procesal Civil”, p. 119, Abeledo-Perrot).

³³ Quiroga Lavié, Humberto, “El amparo...”, cit., p. 35.

Se trata en ambos casos de sujetos agraviados en un derecho subjetivo o interés legítimo³⁴, con la salvedad que en el primer supuesto refiere a la persona que comparte tal vulneración con un grupo de personas en similares condiciones; ello por serlo en un derecho de incidencia colectiva.³⁵ Es, pues, este interés compartido con otros integrantes del grupo lo que lo diferencia del damnificado concreto del primer párr. del art. 43. Todo lo cual llevó a Quiroga Lavié a sostener que con dicha expresión (*el afectado*) se vino a institucionalizar la acción de clase en nuestro texto constitucional, por estar tutelando los intereses legítimos y no sólo derechos subjetivos³⁶.

Ahora bien, se han ensayado distintas teorías acerca del concepto de afectado que van desde una posición de lo más restringida a otra, en los términos de Toricelli, “amplísima³⁷. Seguimos al mencionado constitucionalista para repasar cada una de ellas:

IV.1.a. Tesis restrictiva: Barra es el principal propulsor de esta opinión. Dice el mismo que no hay en la reforma constitucional del ‘94 novedad alguna en materia de legitimación para accionar, que siempre queda reservada para el agraviado en un derecho o garantía personal, propio, directo, es decir, lo que habitualmente se denomina derecho subjetivo³⁸.

³⁴ Señala Quiroga Lavié que un interés jurídico implica tutelar preventivamente unas relaciones sujeto-objeto que aun no han sido afectadas concretamente en forma particular. Colige de ello que en el proceso colectivo previsto en nuestra Const. Nac. “no se precisa demostrar ninguna afectación concreta a una situación de interés individual, sino que se haya producido una afectación que pueda impactar a un género indeterminado de situaciones individuales o al interés público que todo bien público conlleva” (“El amparo...”, cit., p. 52). Gordillo, por su parte, afirma que el viejo interés legítimo ha quedado subsumido en la protección constitucional del derecho de incidencia colectiva (“Tratado de Derecho Administrativo”, t. 2., cap. III, p. 19, Macchi). Asimismo, dable es destacar que la Corte Suprema en los fallos “Ekmekdjian II” y “Polino” ha ratificado a los intereses legítimos por sobre las pertenencias exclusivas.

³⁵ Vervic, Francisco, “Procesos...”, cit., p. 110.

³⁶ Quiroga Lavié, Humberto, “El amparo...”, p. 214.

³⁷ Toricelli, Maximiliano, “El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (art. 43 de la Constitución nacional)”, Depalma, p. 50 y ss.

³⁸ Barra, Rodolfo, “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, L.L., 1994-E, 1087. Sobre esta posición puede consultarse además: Gozaíni, Osvaldo A., “La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (Ombusman)”, L.L., 1994-E, 1380 y

Pero hay casos en que no aparece un afectado individualizado, o bien casos en que es difícil identificar en el interés personal y directo que requiere la norma, o bien estos afectados son legión, lo que podría generar la multiplicación de los amparos en cifras infinitas. Por eso el constituyente previó la actuación de dos legitimados especiales: El Defensor del Pueblo -al que también otorga legitimación el art. 86- y las asociaciones. Todo lo cual lleva a concluir que cuando el constituyente se refiere a derechos de incidencia colectiva en el párrafo segundo del art. 43, lo hace en relación con el agravio expansivo y no por la cantidad de los titulares del derecho, por lo que, como dijimos ya, en estos casos importa más el análisis de los requisitos de procedencia objetiva de la acción que los presupuestos para su procedencia subjetiva.

IV.1.b. Tesis amplia: se adscriben a ella la gran mayoría de autores, entre otros: Bidart Campos, Sagües, Morello y Ekmekdjian. El primero de los nombrados afirma que en los derechos de incidencia colectiva, cada integrante del grupo como miembro y co-titular de un interés difuso o colectivo, esencialmente común, posee para sí una “cuota-parte” del derecho, circunstancia que lo participa subjetivamente y que lo habilita para interponer la acción³⁹.

Vale decir que lo que por esta posición se requiere es que el afectado tenga un interés concreto en la tutela del bien colectivo.

IV.1.c. Tesis amplísima: quienes sostienen la misma exponen que, en materia de derechos de tercera generación, la sola afectación de un interés simple otorga legitimación suficiente para ejercer la acción de amparo del art. 43.

Palacio de Caero, Silvia B., “La acción de amparo, el control de constitucionalidad y el caso concreto judicial”, E.D., 1/08/1997.

³⁹ Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. VI, p. 318/9 y, del mismo autor, “La legitimación del afectado en materia de derecho ambiental”, L.L. 2004-D, 787. Véase también: Sagües, Néstor, “Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo”, Astrea, p. 674; Morello, Augusto, M., “La legitimación de obrar como mecanismo facilitador, en Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos”, J.A., 1990-II, 718; y Ekmekdjian, Miguel, “Tratado de Derecho Constitucional”, t. IV, p. 63, 3ª ed., Abeledo-Perrot; Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, 4ª ed. t. I, ps. 620 y ss., La Ley.

Como se puede apreciar, los seguidores de tal doctrina bregan por la inclusión de la acción popular en el sistema jurídico argentino. Sin embargo, como la misma, con la salvedad del caso *sui generis* normado por el art. 30 de la Ley General del Ambiente 25.675, no está prevista por nuestro derecho positivo, esta posición resulta inaceptable.

De todas maneras, más allá de la postura que se adopte sobre el punto, lo cierto es que la norma en estudio requiere que haya causa o controversia que habilite la intervención del Poder Judicial (art. 116, C.N.); siendo necesario para ello -como lo ha dicho la Corte⁴⁰- la concurrencia de tres recaudos de orden público: i) la demostración del interés que se posee en el pleito; ii) la alegación de un acto u omisión ilegítimos; y iii) la señalización de un perjuicio diferenciado, susceptible de tratamiento judicial⁴¹.

Pero en el análisis de tales presupuestos deberá ponderarse siempre que si bien “el afectado” por lo general es un perjudicado en sus derechos subjetivos, frente a la invocación de un derecho de incidencia colectiva, se pueden distinguir diversas hipótesis⁴²: i) cuando aquél es personalmente perjudicado por el acto u omisión lesiva. Se trata más bien del ejercicio de una acción individual que por su fuerza expansiva se traslada al colectivo, pero continua siendo una acción individual⁴³. Es decir, que puede haber muchos

⁴⁰ En “Consumidores Libres” sostuvo el tribunal: “Es necesario que haya ‘causa’, conflicto o controversia, siendo abstracto el daño cuando el demandante no puede demostrar un agravio diferenciado respecto de la situación en la que se hallan los demás ciudadanos y tampoco puede fundarse en su legitimación para accionar en el interés general de que se cumplan la Constitución y las leyes” (C.S.J.N., 7/05/98, L.L., 1998-C, 602).

⁴¹ En tal sentido, Jeanneret de Pérez Cortés, María, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, L.L. 2003-B, 1333. Por su parte, sostiene Quiroga Lavié que “para que sea procedente la acción de clase, en los términos de nuestro artículo 43, segunda parte, es suficiente con que el actor tenga cualquier clase de interés moral o material en la nulidad del acto o disposición impugnados (“El amparo...”, cit., p. 52).

⁴² Mena, Valeria, “Procesos colectivos o grupales en Argentina”, en www.urbeetius.org.

⁴³ Es que, como sostiene Gozáini, el damnificado afectado puede ser representante de un grupo o sector o puede también “intentar la acción colectiva en soledad” (“Tutela de los derechos de

sujetos en la misma situación que resulten beneficiados por la acción individual (jubilados que reclaman por su haber, depositantes afectados por restricciones bancarias, etc.); y ii) cuando no es afectado directo.

IV.1.2. Análisis jurisprudencial en materia de legitimación sobre la figura del afectado:

a) “Kattán Alberto E. y otro c/ Gobierno nacional”⁴⁴: este caso, junto con el llamado “Ekmekdjian II”, fue pionero en la materia que nos ocupa habida cuenta que su dictado se produjo con más de diez años de anticipación a la reforma constitucional de 1994. En tal oportunidad, dos particulares promovieron una acción de amparo contra el ejecutivo nacional a los efectos de obtener la declaración de nulidad de dos resoluciones ministeriales por las que se autorizaba a dos empresas extranjeras a capturar y exportar catorce ejemplares de delfines o toninas overas en la zona marítima argentina, sin un estudio previo de impacto ambiental. El juez de primera instancia, en sentencia que quedó firme, hizo lugar a la acción, concediendo la legitimación de los actores al considerar que “...un grupo de personas, en estos casos particulares, puede hacer oír su voz ante los estrados judiciales en representación de la comunidad”.

El fallo suscitó un debate doctrinario. Miguel Marienhoff lo criticó enfáticamente con el argumento de que en el derecho positivo argentino no existía la acción popular y que, por ende, al no concurrir un interés concreto, personal y directo, los actores carecían de derecho subjetivo, “sólo tienen - afirmó- un mero interés simple”⁴⁵. Por su parte, Guillermo Cano, replicando a aquél, sostuvo que las decisiones del magistrado actuante configuraban una piedra miliar en la historia de nuestro derecho ambiental, manifestando que en el caso no concurría ausencia de una lesión directa e inmediata al derecho o interés

incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal”, L.L., 2005,-B, 1393).

⁴⁴ Juz. 1ª Inst. Cont. Adm. Fed. nº 2, 22/03/83, L.L., 1983-D, 568, con nota de Guillermo J. Cano.

⁴⁵ Marienhoff, Miguel, “Delfines o toninas y acción popular”, E.D. 105-245.

particular del accionante, sino que, al contrario, se trataba de un menoscabo que, si bien no era mensurable económicamente, sí lo era ecológicamente, concluyendo que el derecho a la vida y a la salud humana amenazado eran derechos subjetivos tan dignos de protección jurídica como los bienes patrimoniales⁴⁶.

Creemos que con la reforma constitucional del '94 y el cambio de paradigma que ella implicó en la materia en estudio, esta discusión perdió vigencia.

b) “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich”⁴⁷: en este célebre fallo sobre el derecho de réplica, la Corte reconoció la legitimación del actor para peticionar que se condene al conductor de un programa televisivo a leer una carta documento que aquél previamente le había remitido, por haberse agraviado su sentimiento religioso en virtud de las expresiones vertidas por un escritor sobre la Virgen María en una de las emisiones. Su efecto reparador alcanzó a quienes pudieron sentirse ofendidos; de modo que el demandante asumió una especie de representación colectiva de toda la grey católica. Consideró el mencionado Tribunal en tal oportunidad que “...a diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva”.

c) “Schroeder, Juan c. Estado nacional”⁴⁸: el actor, en su condición de vecino de la localidad de Martín Coronado, Partido de Tres de Febrero de la Provincia de Buenos Aires, accionó a fin de lograr la nulidad del concurso público convocado para la selección e instalación de una planta de tratamiento de residuos peligrosos en la mencionada zona donde habitaba. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda invalidando la resolución de la Secretaría de Recursos Naturales de la Nación y el expediente llegó a la alzada en virtud del

⁴⁶ Cano, Guillermo, “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, L.L. del 4/11/83.

⁴⁷ C.S.J.N., 7/07/92, L.L., 1992-C, 543.

⁴⁸ Cám. Nac. Adm. Fed., Sala III, 8/9/94, L.L., 1994-E, 449.

recurso de apelación deducido por la demandada, quien, entre sus principales agravios, cuestionó la legitimación del actor. La Cámara, reconociéndole legitimación, dijo que “según el art. 43 de la Constitución, cuando se trata de la protección de los derechos relativos al ambiente, la acción podrá ser interpuesta por el afectado. Esta condición se encuentra debidamente cumplimentada con el interés personal y directo que, en el caso, ostenta el actor”. El tribunal también destacó especialmente que la legitimación debía ser reconocida en virtud de que el demandante había promovido “una pretensión exclusivamente anulatoria con la cual no pretende, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su eventual restablecimiento”.

d) “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado nacional y otros”⁴⁹: en este caso, diecisiete personas en ejercicio de derechos propios y alguno en representación de sus hijos menores, en su condición de damnificados por la contaminación ambiental causada por los efluentes industriales sin depuración, conjuntamente con residuos tóxicos y peligros –además de la inexistencia de sistemas cloacales- vertidos sobre la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, promovieron una acción de amparo por pretensiones diversas contra el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otras cuarenta y cuatro empresas que desarrollaban su actividad industrial en la adyacencias de la eludida cuenca, la cual posee una población de 3.000.000 de habitantes y abarca parte de la Capital Federal y once partidos de la Provincia de Buenos Aires. Luego los actores ampliaron la demanda contra los catorce municipios en los que se extiende la cuenca. La Corte, además de aceptar la intervención del Defensor del Pueblo y de otras asociaciones como terceros en los términos del art. 90 del CPCN, convocó a audiencias públicas a fin de que se presentaran informes verbales del estado de la cuenca y sus impugnaciones.

⁴⁹ C.S.J.N, 8/07/2008, L.L. 2008-D, 456, citado en nota 6. Se analiza con mayor detalle en capítulo aparte del presente trabajo.

e) “Halabi, Ernesto c. Poder Ejecutivo Nacional”⁵⁰: se trató de una acción de amparo dirigida a obtener la inconstitucionalidad de las disposiciones de la denominada “ley espía” n° 25.873 y de su decreto reglamentario 1653/04, violatorias de las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la Carta Magna, en la medida que autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determinase en qué casos y con qué justificativos esa intromisión podía llevarse a cabo.

IV. 2. El Defensor del Pueblo:

La reforma constitucional de 1994 incorporó en el Capítulo VII de la parte orgánica, art. 86 de la Ley Fundamental, la figura del Defensor del Pueblo. Empero, antes que ello ocurriera, ya había sido creada mediante la ley 24.284, legislación que, con las modificaciones introducidas por la ley 24.379, actualmente continúa rigiendo la institución.

Dos artículos insertos en aquella norma han provocado acalorados debates doctrinarios y jurisprudenciales en torno al alcance de su legitimación. En efecto, los arts. 16 y 21 en cuanto establecen, el primero, que quedan fuera de su competencia el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Ciudad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad, y, el segundo, que prescribe que si, iniciada la actuación, se interpusiera por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención.

Sin embargo, como bien señala Cayuso⁵¹, la norma clave en materia de legitimación, puesto que en ella ha quedado plasmada la voluntad final del constituyente reformador respecto del rol del Defensor, es el ya mencionado art.

⁵⁰ C.S.J.N., citado en nota 7.

⁵¹ Cayuso; Susana, “El Defensor del Pueblo de la Nación. Consecuencias de su reconocimiento constitucional”, L.L. 2008-D, 984.

86 de la Constitución nacional que, en lo que aquí interesa, dice: *El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal*⁵².

Veamos, pues, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia.

IV.2.1. Análisis jurisprudencial en materia de legitimación sobre la figura del Defensor del Pueblo.

a) “Frías de Molina, Nélica N. c. Caja Nacional de Previsión Social para el Personal del Estado y Servicios Públicos”⁵³: en el caso el Defensor del Pueblo exhortó a la Corte nacional “a fin de que arbitre los medios conducentes para el dictado de pronunciamiento” sobre causas previsionales en trámite y solicitó ser tenido por parte y un pronto despacho. La legitimación le fue rechazada por entender el Tribunal que, conforme el art. 16 de la ley 24.284, el Defensor del Pueblo no estaba legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, así como tampoco para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto de actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder; y aclaró que no resultaba óbice a ello el mandato del art. 43 de la C.N., toda vez que resultaba improcedente la asimilación pretendida respecto a derechos de incidencia colectiva en general, habida cuenta de las particularidades de cada una de las pretensiones formuladas por los beneficiarios y de que éstos se encontraban facultados para efectuar las peticiones que estimaran procedentes ante la Corte⁵⁴.

⁵² Comentando tal precepto, señala Gozaíni: “Podríamos afirmar que es un mandato preventivo, por el cual se propicia que los jueces, en el análisis de la admisión de una demanda, prioricen por sobre la acreditación del derecho subjetivo, la esencia fundamental de la tutela que se solicita” (“Amparo”, p. 350, Rubinzal-Culzoni).

⁵³ C.S.J.N., 12/09/96, L.L., 1997-A, 67, con nota de Humberto Quiroga Lavié.

⁵⁴ Comentando este fallo, dicen Rivera padre e hijo que “lo que la Corte está diciendo es que cuando un acto causa un agravio a un grupo de personas, pero ese agravio no es uniforme sino que, por el contrario, la existencia y extensión del agravio depende de las particularidades de cada caso concreto, el Defensor del Pueblo carece de legitimación para accionar en defensa de esas personas, porque no se está frente a un derecho de incidencia colectiva” (Rivera Julio Cesar

El fallo mereció la crítica de Quiroga Lavié, quien sostuvo que "...la Corte Suprema no puede sostener, en forma dogmática y por vía de principio, que el Defensor del Pueblo 'carece de competencia para formular exhortaciones al tribunal sobre las causas en trámite', cuando el art. 86 de la Constitución le confiere a dicho órgano 'legitimación procesal' y el art. 43, párr. 2º, lo legitima para interponer amparos en tutela de los derechos de incidencia colectiva en general. Con el art. 86 alcanza y sobra, por supuesto, porque si cualquier ciudadano puede pedir a las autoridades en relación con sus propios derechos, cómo no lo va a poder hacer el Defensor en relación con los 'de incidencia colectiva' cuando él dispone de personería constitucional para tutelarlos"⁵⁵.

b) "Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria"⁵⁶: una acción de amparo, a la que había adherido el Defensor del Pueblo, contra un decreto que ordenaba la intervención de la Comisión Internacional de Telecomunicaciones, fue desestimada en la instancia de grado por entender dicha magistratura que no se daban los supuestos del art. 43 de la Constitución nacional. La Corte Suprema, por mayoría, confirmó el pronunciamiento.

Para ello, si bien reconoció que el art. 43 otorga "... legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa", tal ampliación constitucional, a juicio del Tribunal, no importaba la automática aptitud para demandar. Y en referencia específica al Defensor del Pueblo dijo que "Admitir la posibilidad de que el Defensor del Pueblo peticione sin bases objetivas que permitan afirmar un perjuicio inminente, importaría conferirle el privilegio de accionar sin que concurren los

y Rivera Julio Cesar (h), "La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional", L.L., 2005-B, 1053).

⁵⁵ Quiroga Lavié, Humberto, "El Defensor del Pueblo ante los estrados de la justicia", L.L., 1995-D, 1058.

⁵⁶ C.S.J.N., cit. en nota 40.

presupuestos básicos de la acción, ejerciendo, de ese modo, una función exorbitante y abusiva, consintiendo que actúe fuera del Estado de Derecho a que el mismo incumbe”.

c) “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud”⁵⁷: se trató de un amparo promovido en defensa de los enfermos de esclerosis múltiple con el objeto de impugnar una resolución del Ministerio de Salud que excluía del tratamiento cubierto por el Programa Médico Obligatorio a quienes no hubieran tenido brotes o exacerbaciones en los últimos dos años o padecieran síndrome desmielinizante aislado; el Procurador en su dictamen, en lo que aquí interesa, rechazó la legitimación del Defensor argumentando que “si bien el art. 86 de la carta magna prescribe que ese organismo tiene legitimación procesal, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (...) Sostuvo VE que la ley 24.284 excluye expresamente del ámbito de competencia del órgano en cuestión, al Poder Judicial (art. 16, párr. 2º) y establece que si iniciada su actuación ‘se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el defensor del pueblo debe suspender su intervención’ (art. 21)”. Por lo tanto, como diversas asociaciones locales se habían presentado en el expediente, sostuvo que correspondía rechazar la legitimación procesal del Defensor del Pueblo. La Corte Suprema remitió a dicho dictamen.

d) “Defensor del Pueblo de la Nación c. PEN y otro”⁵⁸: el Defensor del Pueblo inició una acción ordinaria contra el Estado nacional y el Enargas para plantear la inconstitucionalidad de las normas que preveían el reajuste de las tarifas. Los demandados cuestionaron la legitimación del actor para promover

⁵⁷ C.S.J.N., 18/12/2003, L.L., 2004-D, 30.

⁵⁸ C.S.J.N., 26/05/2005, L.L., 2005-F, 349, con nota de Analía Martinoli.

ese tipo de acción y, asimismo, referenciaron la falta de agotamiento de las vías administrativas. Tales defensas fueron rechazadas, lo que motivó la interposición de un recurso extraordinario.

La mayoría de la Corte Suprema rechazó el recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva, con lo cual no adoptó posición expresa respecto a los cuestionamientos y alcances de la legitimación del Defensor.

Por su parte, los ministros Petracchi, Zaffaroni, Lorenzetti, por un lado y Maqueda, por el otro, aun reconociendo que las impugnaciones no se referían a una sentencia definitiva, agregaron otras consideraciones que, sostiene Ibarlucía, “son de gran importancia, dado que contienen extensas reflexiones acerca de la interpretación de los arts. 43 y 86 de la Constitución nacional sobre la base de la interpretación armónica y teleológica del texto constitucional, y el origen histórico de la institución del *ombusman*”⁵⁹.

Los primeros jueces mencionados destacaron que “el art. 86 de la Constitución nacional, al establecer que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, no ha querido otorgarle solamente la legitimación procesal reconocida en el art. 43 para interponer acción de amparo, siendo que una interpretación diversa implicaría lisa y llanamente ignorar la existencia del referido art. 86 echando por tierra el principio según el cual las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor”.

A su turno, sostuvo el doctor Maqueda que había sido la voluntad final del constituyente reformador no limitar ni restringir la legitimación procesal del Defensor del Pueblo. Por tal razón, y por aplicación del principio de supremacía constitucional, dijo que el funcionario tenía facultad para promover todo tipo de

⁵⁹ Ibarlucía, Emilio A., “El régimen legal y constitucional del amparo”, en Dalla Vía Alberto, R. y García Lema, Alberto M. (directores), “Nuevos derechos y garantías”, t. II, p. 320, Rubinzal-Culzoni.

acciones judiciales "en todo aquello que hace a su competencia, tanto en el ámbito nacional como ante órganos o tribunales internacionales".

Asimismo se descartó la confrontación normativa entre el artículo 43 y 86 de la norma de base, avalándose la facultad del Defensor del Pueblo para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de normas en las que se funde el acto, hecho u omisión lesiva del derecho fundamental.

e) “Defensor del Pueblo de la Nación - Inc. Dto. 1316/02 c/E.N.-P.E.N. s/Dtos. 1570/01 y 1606/01”⁶⁰: el máximo Tribunal de la República en el voto mayoritario, sin perjuicio de ciertos matices, consideró que el Defensor del Pueblo carece de legitimación para intervenir judicialmente en la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados.

El caso trató sobre una acción de amparo deducida por el Defensor del Pueblo de la Nación con el objeto de que se declarase la inconstitucionalidad del art. 2, inc. a del dto. 1570/2001, que impuso restricciones a los depósitos bancarios (el denominado “corralito”). La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo confirmó la resolución favorable a los ahorristas que, en su oportunidad, dispuso que éstos debían concurrir, a fin de realizar su reclamo patrimonial, por ante los jueces competentes. El Estado nacional y el Banco Central interpusieron sendos recursos extraordinarios. La Corte admitió estas impugnaciones y dejó sin efecto la sentencia cuestionada, por considerar que el Defensor del Pueblo carecía de legitimación para promover el amparo; ello, por considerar que la demanda “no ha sido promovida en defensa de derechos de incidencia colectiva en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, sino del derecho que cada depositante tiene sobre sus depósitos

⁶⁰C.S.J.N., 26/06/2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional”, L.L. 2007-E, 145.

bancarios” Y la existencia de cientos de miles de ahorristas afectados por la medida “no modifica la ausencia de legitimación del Defensor del Pueblo para promover una acción de amparo que tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de esas normas, ya que lo que uniría a los sujetos es un ‘problema común’ y no la afectación de un derecho de incidencia colectiva, el que no resulta de una multiplicidad de derechos subjetivos sino de la incidencia del agravio en lo colectivo”.

De la reseña jurisprudencial efectuada en este punto se desprende, entonces, que para la Corte nacional la legitimación del Defensor del Pueblo procede con reservas; las que, afirma Lorenzetti⁶¹, están referidas a: i) la naturaleza de la cuestión; ello porque no cabe respecto de reclamos patrimoniales, pues ellos pueden ser asumidos por sus titulares⁶² y ii) el carácter adhesivo respecto a un reclamo interpuesto por otro de los legitimados en el art. 43, 2º párr., C.N.

IV.3. Las asociaciones:

Cabe destacar primeramente que con anterioridad a la reforma de 1994 las asociaciones ya contaban con legitimación extraordinaria a fin de defender los intereses de sus asociados. En efecto, la Ley de Asociaciones Sindicales 23.551 reglamentó el, denominado por la doctrina, “amparo sindical”⁶³ en el art. 47 de tal legislación, acción esta que podía ser ejercida por el trabajador o por una asociación sindical.

Asimismo cabe mencionar el otro antecedente previo a la reforma del '94: la ley de defensa del consumidor 24.240, aplicable a los consumidores de

⁶¹ Lorenzetti, Ricardo L., “Justicia...”, cit., p. 152.

⁶² Dicen al respecto los Rivera que “los intereses patrimoniales divisibles (por más homogéneos que sean) sólo pueden ser tutelados por sus respectivos titulares, ya sea individualmente o mediante la creación de algún sistema de representación colectiva como el de las acciones de clases (en donde los representantes de la clase son también afectados). No se encuentran legitimados para su tutela el Defensor del Pueblo y las asociaciones del art. 43 segundo párrafo” (auts. cits., op.. cit.).

⁶³ Al respecto, véase Corte Néstor T., “El modelo sindical argentino. Régimen legal de las asociaciones sindicales”, Rubinzal-Culzoni, p. 458.

bienes y a los usuarios de cualquier clase de servicio. En efecto, el art. 52 de la misma dispone: “Acciones judiciales. (...) el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá (...) a las asociaciones de consumidores” (texto según ley 26.361). Por su parte el art. 55 establece que “las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores” (t. según ley 26.361).

Ahora bien, al sancionarse la reforma constitucional, el modo en que el constituyente les concedió legitimación generó ciertas divergencias interpretativas. Es que el 2º párr. del art. 43 habla de *asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley*, agregando que ésta debía determinar los requisitos y formas de su organización. Sin embargo, a más de veinte años de la reforma, esa ley aún no se ha dictado. En virtud de ello, se impuso la necesidad de discutir en torno a si correspondía o no reconocer el derecho de acción en cabeza de entidades intermedias frente a tal omisión. Frente a ello, la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina entendió que si bien el art. 43 es plenamente operativo en cuanto al reconocimiento de la legitimación procesal de las asociaciones, ello no significa que los jueces no deban ponderar, en el caso concreto, si los intereses que representan hacen a su objeto social, si se encuentran adecuadamente registradas y si pueden representar adecuadamente los intereses de sus asociados⁶⁴. Entre los criterios que el juzgador puede

⁶⁴ Sostiene al respecto Quiroga Lavié que tienen legitimación para estar en juicio en defensa de derechos de incidencia colectiva las asociaciones de cualquier tipo “en la medida en que se encuentre definida su finalidad institucional en sus estatutos, y se hayan cumplido con las exigencias reglamentarias, las cuales no podrán disponer restricciones que terminen por afectar la tutela estructural que subyace en la legitimación” (“El amparo...”, cit., págs. 191/92).

considerar adecuados, se pueden mencionar: la antigüedad de la entidad, prestigio y capacidad económica, antecedentes en otros litigios, etc.⁶⁵.

IV.3.1. Análisis jurisprudencial en materia de legitimación sobre la figura de las asociaciones:

a) “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c. Provincia de Buenos Aires y otro”⁶⁶: en la causa la Corte reconoció la calidad de parte de la actora, que perseguía la declaración de inconstitucionalidad de decretos provinciales en cuanto de ellos resultaba que los usuarios industriales de energía eléctrica del ámbito bonaerense debían abonar gravámenes cuando eran abastecidos por un prestador sujeto a jurisdicción nacional, a diferencia de lo que acontecía respecto de prestadores bajo jurisdicción provincial. El tribunal consideró que aquélla era una de las asociaciones creadas con la finalidad de proveer “a la defensa de los intereses de sus asociados”.

b) Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social- Estado Nacional”⁶⁷: en este caso aquella requirió se ordene al Estado nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por el virus del sida, y, en especial, la provisión de medicamentos de conformidad con lo dispuesto por la ley 24.798. La Corte acogió favorablemente la pretensión remitiendo al dictamen del procurador general, quien reconoció la legitimación de las actoras por considerar que eran “titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud (...) además del derecho que les asiste para accionar por el cumplimiento de una de las finalidades de su creación”.

⁶⁵ Tal como lo dispone el Código de Defensa del Consumidor brasileño; disponible en www.brasilcon.org.br/arquivos/arquivos/cdc-es.pdf.

⁶⁶ C.S.J.N., 22/04/1997, L.L. 1997-C, 322, con nota de Agustín A. Gordillo.

⁶⁷ C.S.J.N., 1/06/2000, L.L. 2001-B, 126.

c) “Portal de Belén –Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S. y A.S.”⁶⁸: reconociéndole calidad de parte a la actora, la Corte se hizo lugar a un amparo promovido contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación a fin de que se prohibiera, dejándose sin efecto la autorización, la fabricación, distribución y comercialización del fármaco “Inmediat”, denominado “anticoncepción de emergencia”, al cual se le atribuían efectos abortivos.

d) “Prodelco c. Poder Ejecutivo nacional”⁶⁹: en el caso la Asociación Protección del Consumidor (Prodelco), juntamente con diversos actores sociales, cuestionó la reestructuración de tarifas conocida como el “rebalanceo telefónico” (aprobada por el dto. 92/97 del PEN) e invocó la representación de millones de usuarios domiciliados a lo largo de todo el país. La Corte manifestó que aunque en el art. 43 de la Constitución nacional se reconocía legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa por el acto o la omisión, de esa ampliación constitucional no se seguía la aptitud para demandar sin que existiera cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción. Lo dijo así: “el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio (...) de orden ‘personal, particularizado, concreto y además, susceptible de tratamiento judicial’, recaudos que han de ser examinados con rigor cuando se pretende debatir la constitucionalidad de un acto celebrado por alguno de los otros poderes del Estado”. Seguidamente, citando jurisprudencia extranjera, sostuvo el tribunal que admitir la legitimación en un grado que la identificase con el “generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del gobierno (...) deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares”.

⁶⁸ C.S.J.N., 5/03/2002, L.L. 2002, C, 487, con nota de Germán J. Bidart Campos.

⁶⁹ C.S.J.N., 7/05/98, L.L. 1998-C, 574.

e) “Mujeres por la vida -Asociación Civil sin Fines de Lucro- filial Córdoba- c. Poder Ejecutivo nacional- M.S. y A.S.”⁷⁰: en este caso la mayoría de la Corte otorgó legitimación a la actora para interponer una acción de amparo con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.673 y, en su consecuencia, la suspensión por parte del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación de la ejecución en todo el territorio nacional del “Programa Nacional de Salud Social y Procreación Responsable”, destinado principalmente a la prevención de embarazos no deseados.

Sostuvo el voto mayoritario que la organización civil tenía capacidad procesal para litigar en procura de la “tutela de los derechos de incidencia colectiva a la vida, a la salud y a la patria potestad”.

Las disidencias de los jueces Lorenzetti y Argibay destacaron que “un pronunciamiento favorable” a la asociación cordobesa afectaría derechos y libertades exclusivos de todas las personas que se verían perjudicadas en el goce de derechos personalísimos de naturaleza individual, violándose la protección reconocida por el art. 19 de la Constitución, así como la garantía de defensa en juicio reconocida por el art. 18 de la Carta Magna.

f) PADEC c. Swiss Medical S.A. s. nulidad de cláusulas contractuales”⁷¹: en el caso Corte Suprema reconoció que una asociación de usuarios y consumidores (PADEC) puede iniciar una acción colectiva para obtener la nulidad de una cláusula contractual que autoriza a una prestadora de medicina prepaga a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales que cobra a sus afiliados. La Corte señaló que las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, en la medida en que demuestren:

⁷⁰ Cit. en nota 22.

⁷¹ C.S.J.N, 21/08/2014, www.csjn.gov.ar

la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes”; para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse la legitimación procesal, podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo, cuya representación se pretende asumir.

g) Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s. amparo⁷²: en este caso la Corte Suprema reconoció la legitimación activa de la asociación actora para promover la demanda colectiva, “a los efectos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un colectivo altamente vulnerable, no sólo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socioeconómica”, que involucran prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas.

Se colige, entonces, de los fallos referenciados que cuando las asociaciones actuaron en cumplimiento de sus finalidades específicas o para cuestionar en un único juicio conductas que perjudicasen, de igual o similar forma, a una pluralidad de usuarios o consumidores, la Corte les acordó legitimación (casos “AGUEERA”, “Asociación Benghalensis”, “Portal de Belén”, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, “Mujeres por la vida”, “PADEC c. Swiss Medical S.A. s. nulidad de cláusulas contractuales”, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos”); en cambio, fueron rechazadas las acciones impetradas por tales entes con argumentos de diversa índole⁷³: i) inexistencia de “causa o controversia” en los términos del art. 116 de la Const. Nac. y art. 2 de la ley 27 por la falta de un perjuicio concreto (“Consumidores Libres”, “Prodelco”); ii) no

⁷² C.S.J.N., 10/02/2015, www.csjn.gov.ar

⁷³ Mena, Valeria, op. cit.

ser titular de la relación , jurídica sustancial (“Defensor del Pueblo de la Nación - Inc. Dto. 1316/02 c/E.N.- P.E.N. s/Dtos. 1570/01 y 1606/01”) y iii) no tratarse en el caso de derechos de incidencia colectiva sino de derechos individuales (“Frías de Molina”, “Defensor del Pueblo de la Nación - Inc. Dto. 1316/02”).

V. Análisis del fallo “Mendoza, Beatriz S. c. Estado nacional y otros s. Daños y perjuicios”⁷⁴, bajo el prisma de la función preventiva de la responsabilidad civil legislada en el Código Civil y Comercial.

La sentencia del 8 de julio de 2008 ha revestido suma importancia toda vez que la misma además de ser colectiva y de ejecución, da lugar a un mayor reconocimiento del derecho constitucional a gozar de un ambiente sano - el cual hasta ese entonces no pasaba de una mera declaración constitucional-, situando el eje del sistema en la prevención del daño dado el carácter de irreversible que presenta esta clase de dañosidad, arbitrando los mecanismos tendientes a controlar el cumplimiento de las distintas obligaciones que allí dispone, procurando el fortalecimiento de la participación ciudadana al efecto de salvaguardar aún más un bien tan preciado.

Dicho de otra manera, en el fallo “Mendoza” nuestro máximo tribunal profundiza en la naturaleza jurídica del ambiente, al que entiende como un bien colectivo, de uso común e indivisible, y se ocupa de priorizar y resolver las pretensiones de mayor urgencia, es decir las de recomposición y **prevención del daño**, dejando para una etapa posterior lo atinente a la reparación. En cuanto a esto último, ha de puntualizarse que el alto tribunal encomendó la reclamación por el resarcimiento de los daños a bienes individuales a los órganos inferiores, declarándose incompetente en el tratamiento de dicha cuestión, y admitiendo su competencia originaria únicamente respecto al daño ambiental colectivo en

⁷⁴ C.S.J.N, 8/07/2008, L.L. 2008-D, 456, citado en nota 6 y 49. Para los hechos del caso remitimos a lo expuesto en el capítulo IV.1.2.d.

cuanto a lo que atañe exclusivamente a su prevención, recomposición y, por último, resarcimiento⁷⁵.

Por otra parte, se ha sostenido que el bien ambiental es, a diferencia de otros bienes, esencialmente limitado, y su consumo irreparable en cuanto cada vez con mayor nitidez se advierta la imposibilidad de un reiterado, continuo e inmediato reemplazo, al punto de preverse en muchos casos de persistir una utilización irracional su agotamiento inminente, con la consecuente repercusión directa y obviamente negativa que ello conlleva respecto de la calidad de la vida humana⁷⁶. Es así que la procedencia del remedio preventivo deviene incuestionable, cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzada a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el daño no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad siguiera; actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz⁷⁷. He aquí la importancia del remedio preventivo en materia ambiental. Entre los artículos 1710 y 1713 del Código Civil y Comercial se estatuye, con carácter general, la función preventiva de la responsabilidad civil. Constituye esta una de las partes más importantes de todo el Código, al que lo irradia completamente, pero no sólo a él, sino también a todo el ordenamiento. No se trata sólo de la consagración del deber de prevenir daños del art. 1710 del Cód. Civ. y Com.: la acción preventiva de los arts. 1711 a 1713 constituye el instrumento que le brinda eficacia⁷⁸.

En ese sentido es que la Corte Suprema impone a la Autoridad de la Cuenca la ejecución de un programa del que se derivan diversas obligaciones,

⁷⁵ Considerando 2º de la sentencia del 20/06/2006.

⁷⁶ SCBA, 19/02/2002, “Ancore S.A. y ot. c/Municipalidad de Daireaux s/Daños y Perjuicios”, Ac. 77608, J.A. 2002- IV-392.

⁷⁷ Cafferatta, Néstor A., “Derecho ambiental y daño”, en Lorenzetti, Ricardo L, (Dir.), p. 78, La Ley, 2011.

⁷⁸ Ossola, Federico y Azar, Aldo M., en Sánchez Herrero, Andrés (Dir.) y Sánchez Herrero, Pedro (Coord.), “Tratado de derecho civil y comercial”, t. III, p. 461.

tanto atinente a la prevención de los daños y a la recomposición, como a la información que debe brindarse al público en general⁷⁹. En cada uno de los puntos que componen el programa antes mencionado, se subraya que “el incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de la Cuenca”. Es decir que la Corte acude al recurso de las sanciones pecuniarias, que aplica como instrumento indispensable para el respeto de las normas, con una función similar a la que poseen figuras como las astreintes y los daños punitivos, y al efecto de disuadir eventuales conductas reticentes. No obstante ello, el Supremo Tribunal mantiene intacta en cabeza del Estado nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Bs. As. la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por la Constitución nacional⁸⁰, apreciándose en consecuencia, y a todas luces, una verdadera responsabilidad interjurisdiccional. Al mismo tiempo, dentro del reparto de competencias para el control del cumplimiento de la sentencia, se incluyen además al poder judicial federal, al Defensor del Pueblo y a organizaciones no gubernamentales.

De ahí que, como bien cabe resaltar, en el fallo “Mendoza” se presenta un fortalecimiento del necesario activismo e inmediatez judicial que debe imperar en materia ambiental. La Corte Suprema había ya dado muestras de este valioso pensamiento mediante la resolución del 20 de junio de 2006 al señalar con absoluta lucidez la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectiva la tutela del ambiente⁸¹.

⁷⁹ Considerando 17° de la sentencia del 08/07/2008.

⁸⁰ Considerando 16° de la sentencia del 08/07/2008.

⁸¹ Considerando 18° de la resolución del 20/06/2006: “...la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo, la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda

V.1. Constitucionalización del principio de prevención.

El principio de prevención, además de haber sido establecido en numerosos instrumentos jurídicos internacionales, está consagrado por el artículo 41 de la Constitución nacional⁸². Esta norma constitucional, así como establece para todos los habitantes derechos y deberes con relación al ambiente, también impone al Estado el deber de proveer a la finalidad allí contemplada, confiriéndole al mismo las correspondientes facultades. Asimismo, no podríamos pasar por alto al artículo 14 de la Ley Fundamental en lo atinente al derecho de “ejercer toda industria lícita”, resultando dicho derecho ineludiblemente vinculado con el derecho a un “ambiente sano” consagrado por el citado artículo 41 del cuerpo normativo de mentas, y teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible proclamado en la Declaración de Río (1992). Atento a los objetivos fijados en la referida declaración, el desarrollo sostenible está orientado a garantizar a los seres humanos el derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

Cabría añadir a los artículos 19, 43, 116 y 117 de la Constitución nacional. La primera de las citadas normas enuncia que las acciones perjudiciales están sometidas a la autoridad de los magistrados.

V.2. Análisis económico del derecho.

“No debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su consecuencia con el sistema en que está

la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales...”

⁸² Art. 41 CN: “...Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer la de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales...”.

engarzada la norma”⁸³. A fin de lograr la operatividad del artículo 41 de la Constitución nacional y reducir eficazmente los costos, resulta indispensable que el Estado combine métodos de mercado y de decisión colectiva, aplique políticas económicas que tengan en cuenta la protección del ambiente, bajo apercibimiento de imponerles multas o gravámenes cuya magnitud haga que les resulte económicamente más redituable cumplir las normas⁸⁴. En otras palabras, debe buscarse que el sistema de responsabilidad genere incentivos suficientes para que el dañador actúe del modo socialmente óptimo, en términos de “costo social”, y pudiendo conceptualizarse este último término como “la suma de los costos que sufran todos y cada uno de los individuos que integren la sociedad”⁸⁵.

En efecto, en el fallo “Mendoza” nuestro Máximo Tribunal encomienda diversas obligaciones a cada una de las partes involucradas (el debido control y funcionamiento de las industrias en cuestión, el saneamiento de los basurales, la limpieza de márgenes del río, expansión de la red de agua potable, desagües pluviales, saneamiento cloacal, etc.), procurando que las mismas asuman la conducta socialmente eficiente al situar el eje del sistema en la prevención y recomposición del daño, y sin de dejar de tener presente el desarrollo sostenible consagrado en el principio 4 de la Declaración de Río (1992)⁸⁶.

V.3. Funciones.

En razón de lo expresado en los puntos anteriores, puede señalarse que el fallo en análisis presenta los tres tipos de funciones del derecho de daños: a) resarcitoria o reparadora (mediante diversas medidas procura la recomposición

⁸³ CJC/N, “Saguir y Dib, Claudia G. s/Autorización”, 06/11/1980, Fallos: 302:1284.

⁸⁴ Ghersi, Carlos A. y otros, “Daños al ecosistema y al medio ambiente”, p. 163, Astrea, 2004.

⁸⁵ Acciari, Hugo A., “Un modelo básico de análisis económico de los sistemas de responsabilidad subjetiva y objetiva”, Universidad Nacional del Sur, 2013.

⁸⁶ Principio 4 de la Declaración de Río sobre el Medioambiente y Desarrollo, 1992: “...A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medioambiente debe constituir un elemento integrante del proceso de desarrollo, y sin que pueda considerarse al mismo en forma aislada...”.

del medioambiente dañado y el resarcimiento del daño colectivo, b) preventiva (se adoptan los mecanismos adecuados para la minimización de los riesgos generados y/o a generarse), y c) punitiva o sancionatoria (valiéndose de sanciones pecuniarias intenta disuadirse eventuales conductas reticentes).

V.4. Daño.

De la presente cuestión se desprende que en el caso en análisis se han configurado todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil,

En primer lugar, a mérito de los efluentes industriales vertidos sin ningún tipo de control en la Cuenca Hídrica Matanza – Riachuelo, resulta visible que se ha ocasionado un daño al medioambiente, pudiendo conceptualizarse dicha dañosidad como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio o uno o más de sus componentes. Al mismo tiempo el artículo 27 de la ley general del ambiente (25.675) define al daño ambiental colectivo como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

Existe un amplio consenso con respecto a que la responsabilidad por daño ambiental posee un fundamento objetivo anclado en el riesgo o vicio de la cosa.

Por otra parte, en nuestro sistema vigente aun cuando el fundamento de la responsabilidad civil por daño ambiental sea objetivo, no cabe por ello prescindir del elemento de la ilicitud. Lorenzetti cita una antigua sentencia de la Corte Suprema en el caso “Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires, sobre indemnización de daños y perjuicios”, sentencia del 14 de mayo de 1887 (CSJN- Fallos, 31:273), en donde el citado tribunal señaló que “ninguno puede tener un derecho adquirido en comprometer la salud pública y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una

profesión o de una industria”. Sostiene también el mencionado autor que existiendo en la Constitución nacional actual un derecho al medioambiente sano, que es un bien de incidencia colectiva o, en algunos casos, individual, la ilicitud surge, además, por la violación de ese bien; esto es, por la afectación a un derecho subjetivo o a un interés difuso⁸⁷.

Asimismo, resulta imperioso señalar que el carácter difuso del daño ambiental plantea un marco de complejidad respecto a la identificación del agente productor del daño. Es que tal como lo destaca Isidoro Goldenberg, la contaminación es itinerante, cambiante, se difumina en el tiempo y en el espacio, no tiene límites geográficos ni físico, ni temporales ni personales⁸⁸. En igual sentido, la jurisprudencia ha sostenido que “...en el daño ambiental hay mucho de sutil, de inasible, de cambiante de un momento a otro en la relación de los elementos físicos con las personas y cosas, como para limitarlos a un tosca y rutinaria aplicación de los elementos jurídicos, sin penetrar perspicacia de zahorí en la cuestión. Si alguna vez se ha dicho que el juez, a menudo, “esculpe en la niebla”, es en esta materia del daño ambiental donde más se ha de evidenciar su espíritu sagaz y sensible, diestro para captar una distinta realidad...”⁸⁹. Es así que en la relación de causa a efecto lo que el Derecho exige no es la certidumbre total, la seguridad absoluta: se trata de acreditar una posibilidad cierta, una probabilidad en grado de razonabilidad⁹⁰.

Uno quizás no llega a tomar dimensión de que se está en presencia de un fallo histórico por cuanto obliga al Estado a dar respuesta a una de las más graves situaciones socio-ambientales de la República Argentina y que afecta de manera directa a millones de personas, implicando un gran salto en la evolución de la protección ambiental en el país, en la medida en que se constituye en un

⁸⁷ Lorenzetti, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, L.L., 1997-E, 4.

⁸⁸ Goldenberg, Isidoro H. y Cafferatta, Néstor A., “Daño ambiental: problemática de su determinación causal”, p. 28. Abeledo-Perrot, 2004.

⁸⁹ Cám.Civ.Com., 1era., Sala II, “Pinini...”, cit.

⁹⁰ Cafferatta, Néstor A., ob. cit., p. 55.

importante antecedente para atender otras situaciones de conflicto ambiental que pudieren eventualmente suscitarse.

Se ha entendido que frente a la situación de riesgo en que la contaminación ambiental coloca a la salud y a las vidas de los actores, de los convecinos y de las generaciones por venir a poblar dicho ambiente, de lo que se trata es de anticiparse a la concreción del daño, debiendo el órgano jurisdiccional desplegar técnicas preventivas dirigidas a evitar que daño temido que pronuncia el riesgo se torne real o, en todo caso, a neutralizar o aminorar en lo posible las consecuencias lesivas que puedan despertarse con su advenimiento; se trata de evitar que el daño temido se transforme en cierto, efectivo e irreparable⁹¹.

Ciertamente, el daño ambiental ha obligado a replantear todo el sistema de la responsabilidad civil y a asumir la idea fundamental de la prevención. Al hacerse cargo de las circunstancias a regular, la responsabilidad civil, al margen de su función reparadora, adquiere relevancia como un auténtico instrumento de prevención del daño. La responsabilidad civil otorga incentivo a los operadores económicos para adoptar niveles de protección más efectivos⁹².

En esa inteligencia, la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo, se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos esos mandatos

⁹¹ Cám.Civ.Com., 1ª, La Plata, Sala III, “Almada, Hugo N. c. Copetro S.A. y ot. y sus acumuladas: Irazú, Margarita c. Copetro S.A. y ot.; Klaus, Juan S. c. Copetro S.A. y ot., 09/02/1995, J.A., 1995-IV, 187.

⁹² Besalú Parkinson, Aurora, “Responsabilidad por daño ambiental”, p. 135, Hammurabi, 2005.

constitucionales⁹³. Es así que el tratamiento de los temas de derecho ambiental requiere de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en una obrar preventivo acorde a la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. El juez debe contemporizar los intereses del sistema de economía capitalista y los de los seres humanos afectados (normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar) y la sociedad toda.

En el abordaje del caso, nuestro máximo tribunal, ponderando los altos valores en juego, no sólo se preocupa en solucionar los problemas de mayor urgencia, tal es la preservación del medioambiente y la prevención de eventuales daños, sino que realmente reafirma el rol proactivo que debe adoptar la judicatura en materia de derechos colectivos en general y en problemáticas ambientales en forma particular, imponiendo sobre los involucrados y la Autoridad de la Cuenca un verdadero mandato de condena de resultado, y destacando además el valor fundamental del libre acceso a la información pública ambiental y la participación ciudadana. Es claro que, a través de su resolución, la Corte indica el sendero que debe seguirse a fin de una inmediata y precisa protección ambiental, y demostrando a su vez que es posible brindar un eficiente servicio de justicia a la sociedad.

Sin embargo, lamentablemente tampoco hay que olvidar que “...los poderosos intereses de la producción industrial y agropecuaria tienen todavía mayor incidencia en la toma de decisiones políticas, administrativas y empresariales, que de los que defienden soluciones ambientalistas...”⁹⁴. Y en este punto es cuando reviste especial importancia el recordatorio formulado por la Corte Suprema en cuanto a su función de guardián último de las “garantías

⁹³ Cafferata, Néstor A., “Los daños ambientales y su reparación”, Rev. de Derecho de daños, 2008-3: Daño ambiental, p. 185, Rubinzal-Culzoni, 2009.

⁹⁴ Peyrano, Jorge, “La tutela del medioambiente a través de la medida autosatisfactiva”, J.A., 1998-IV-1009.

superiores de las personas” y “partícipe del proceso republicano de gobierno”⁹⁵ al efecto de asegurar y lograr operatividad de un derecho tan básico y elemental como “gozar de un ambiente sano”.

VI. A modo de epílogo:

En la doctrina constitucional tradicional la solución de los casos que tuvieran muchas personas afectadas por una norma inconstitucional era resuelta a través de la doctrina de la ejemplaridad del precedente, es decir del *stare decisis*. Sin embargo, esta situación requería que cada afectado iniciara una acción independiente y cumpliera con todas las etapas del proceso hasta obtener el reconocimiento de su derecho, a pesar de que contara con un precedente a su favor; con el agravante que, en algunos casos, los costos de transacción del proceso judicial eran superiores a los beneficios que podían obtenerse con decisión favorable⁹⁶; todo lo que, obviamente, enervaba el ejercicio del derecho a la jurisdicción.

El derecho de las acciones colectivas se impone, así, para otorgar una eficaz solución a todos estos dilemas. Es que con ellas se hacen realizables las garantías constitucionales vinculadas al debido proceso adjetivo: tutela judicial efectiva (art. 8 cit., Pacto de San José de Costa Rica) y la garantía de la igualdad que consagra el art. 16 constitucional.

Creemos entonces que es este el derecho que se viene en el futuro, ya que la realidad social nos indica que la afectación a los derechos proviene, usualmente, en un mundo masificado en cuanto a políticas comerciales y de consumo, como también a hechos sociales, de un mismo tipo de conducta o hecho dañoso llevado a cabo por una misma persona, con efectos similares en un conjunto de sujetos, por lo que, como quedó expuesto, las pretensiones judiciales que originen tales menoscabos sólo podrán ser canalizados por la vía de esta

⁹⁵Considerando 20° de la sentencia del 08/07/2008.

⁹⁶ Sola, Juan Vicente, “El caso Halabi...”, cit.

tutela diferenciada que implican las acciones colectivas o -como afirma Vervic- bien pueden ser mejor procesados de tal modo⁹⁷.

Las acciones colectivas se erigen, pues, en un eficaz instrumento para lograr una mayor asequibilidad al derecho a la jurisdicción. Es por ello que, como ha considerado la Corte Suprema nacional, su falta de regulación “constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible”⁹⁸.-

Bibliografía:

- Acciari, Hugo A., “Un modelo básico de análisis económico de los sistemas de responsabilidad subjetiva y objetiva”, Universidad Nacional del Sur, 2013.
- Arazi, Roland, “Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la ley 24.240 (ley 26.361): legitimación y cosa juzgada”, J.A., 2008-III, 1193.
- Barra, Rodolfo, “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, L.L., 1994-E, 1087.
- Besalú Parkinson, Aurora, “Responsabilidad por daño ambiental”, Hammurabi.
- Bidart Campos, Germán, J., “La legitimación del afectado en materia de derecho ambiental”, L.L. 2004-D, 787.
- Bidart Campos, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, t. II, Ediar, 1998
- Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. VI, Ediar.

⁹⁷ Vervic, Francisco, “Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva. Lejos de los conceptos, cerca de los conflictos”, ponencia realizada por este autor en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

⁹⁸ C.S.J.N., “Halabi”, cit.

- Cafferatta, Néstor A., “Derecho ambiental y daño”, en Lorenzetti, Ricardo L, (Dir.), La Ley, 2011.

- Cafferata, Néstor A., “Los daños ambientales y su reparación”, Rev. de Derecho de daños, 2008-3: Daño ambiental,, Rubinzal-Culzoni, 2009.

- Cano, Guillermo, “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, L.L. del 4/11/83.

- Cayuso; Susana, “El Defensor del Pueblo de la Nación. Consecuencias de su reconocimiento constitucional”, L.L. 2008-D, 984.

- Corte Néstor T., “El modelo sindical argentino. Régimen legal de las asociaciones sindicales”, Rubinzal-Culzoni.

-De los Santos, Mabel, “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, Revista Internauta de Práctica Jurídica, agosto-diciembre, 2006.

- Ekmekdjian, Miguel, “Tratado de Derecho Constitucional”, t. IV, 3ª ed., AbeledoPerrot.

- Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, 4ª ed. t. I, La Ley.

- Giannini, Leandro J., “Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de derechos de incidencia colectiva”, L.L., 2008-A, 97.

- Gidi, Antonio, “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países de derecho civil)”, Universidad Nacional Autónoma de México.

- Goldenberg, Isidoro H. y Cafferatta, Néstor A., “Daño ambiental: problemática de su determinación causal”, Abeledo-Perrot, 2004.

- Gómez, Claudio D., “La legitimación del afectado del artículo 43, 2º párrafo de la Constitución Nacional: doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba”, L.L, 2002-C., 521.

- Gómez, Claudio D. y Salomón, Marcelo J., “La legitimación activa de las asociaciones”, L.L., 2006-F, 714.
- Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, t. 2., Macchi.
- Gozaíni, Osvaldo A., “Amparo”, p. 350, Rubinzal-Culzoni.
- Gozaíni, Osvaldo A., “La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (Ombusman)”, L.L., 1994-E, 1380
- Gozaíni, Osvaldo A., “El debido proceso”, Rubinzal-Culzoni.
- Gozaíni, “Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal”, L.L., 2005,-B, 1393.
- Ghersi, Carlos A. (Dir.), “Daños al ecosistema y al medio ambiente”, Astrea, 2004.
- Ibarlucía, Emilio A., “El régimen legal y constitucional del amparo”, en Dalla Vía Alberto, R. y García Lema, Alberto M. (directores), “Nuevos derechos y garantías”, t. II, Rubinzal-Culzoni.
- Jeanneret de Pérez Cortés, María, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, L.L. 2003-B, 1333.
- Lorenzetti, Ricardo L., “Justicia Colectiva”, Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, L.L., 1997-E, 4.
- Maiorano Jorge, “Amparo colectivo. Legitimación del Defensor del Pueblo. Cosa juzgada”, en “Derecho procesal constitucional”, Masciotra (Dir.)- Carelli (Coord.), Ad Hoc.
- Marienhoff, Miguel, “Delfines o toninas y acción popular”, E.D. 105-245.

- Mena, Valeria, “Procesos colectivos o grupales en Argentina”, www.urbeetius.org.
- Morello, Augusto, M., “La legitimación de obrar como mecanismo facilitador, en Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos”, J.A., 1990-II, 718.
- Ossola, Federico y Azar, Aldo M., en Sánchez Herrero, Andrés (Dir.) y Sánchez Herrero, Pedro (Coord.), “Tratado de derecho civil y comercial”, t. III, La Ley, 2016 .
- Palacio, Lino E. define, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot.
- Palacio de Caeiro, Silvia B., “La acción de amparo, el control de constitucionalidad y el caso concreto judicial”, E.D., 1/08/1997.
- Palacio de Caeiro, Silvia B. Palacio y Junyent de Dutari, Patricia, “El amparo colectivo y la reciente acordada de la Corte Suprema”, L.L. 2016-D.
- Peyrano, Jorge, “La tutela del medioambiente a través de la medida autosatisfactiva”, J.A., 1998-IV-1009.
- Quiroga Lavié, Humberto, “El Amparo Colectivo”, Rubinzal-Culzoni.
- Quiroga Lavié, Humberto, “El Defensor del Pueblo ante los estrados de la justicia”, L.L., 1995-D, 1058.
- Quiroga Lavié, Humberto, “¿Es eficiente el sistema jurídico? Constitución y Organización”, Ciudad Argentina.
- Rivas, Adolfo A., “Derechos subjetivos, intereses difusos y acción popular”, E.D., 135-861.
- Rivera Julio Cesar y Rivera Julio Cesar (h),”La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional”, L.L., 2005-B, 1053.

- Rosales Cuello, Ramiro, “Nueva etapa en la vida del amparo”, E.D., 161-956.
- Sagües, Néstor, “Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo”, Astrea.
- Sola, Juan Vicente Sola, “El caso Halabi y la creación de las acciones colectivas”, L.L., 2009-B, 154.
- Sola, Juan Vicente, “Tratado de Derecho Constitucional”, t. V, La Ley, 2009.
- Tabossi, Ramiro J., “¿Se compadece el doble procedimiento en materia de familia instaurado por la ley 13.634 con los principios de igualdad y tutela judicial efectiva?”, L.L.B.A., 2009 (noviembre), 1061.
- Toricelli, Maximiliano, “El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (art. 43 de la Constitución nacional)”, Depalma.
- Verbic, Francisco, “Procesos colectivos”, p. 21, Astrea.
- Verbic, Francisco, “Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva. Lejos de los conceptos, cerca de los conflictos”, ponencia realizada por este autor en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal.
- Verbic, Franciso y Sucunza, Matías A., “Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema”, L.L. 2016-C
- www.brasilcon.org.br/arquivos/arquivos/cdc-es.pdf
- www.csjn.gov.ar
- www.iidp.org
- www.scba.gov.ar