

## ***Acerca de los derechos de incidencia colectiva y sus medios judiciales de tutela en el derecho argentino\****

Por Oscar R. Puccinelli

### **1. Intereses difusos, derechos grupales, sectoriales y colectivos**

Desde que aparecieron en el escenario jurídico los derechos que trascienden la esfera individual y familiar, probablemente reconocidos como derechos de tercera generación, como lo indica Jiménez, como consecuencia de la crisis en la participación política y del sistema capitalista en el contexto de la cultura posmoderna<sup>1</sup> estos derechos grupales y colectivos, se verifica una inacabada puja acerca de la terminología a emplear respecto de ellos y de los alcances conceptuales de las voces utilizadas para su delimitación.

Tal “batalla terminológica” –fundamentalmente dada entre quienes prefieren aludir a “intereses difusos” y aquellos que optan por los derechos “colectivos” o “de incidencia colectiva”–, dirigida actualmente de manera preponderante a determinar el quid de la procedencia de las acciones o amparos colectivos o de clase<sup>2</sup>, ha llevado a la doctrina a sostener que a partir de tantas diferencias conceptuales “lo difuso del objeto de la investigación no ha llevado sino a confusión a la hora de las conclusiones”<sup>3</sup>.

De manera provisoria, al solo fin didáctico para la determinación de las eventuales vías protectivas disponibles en el ordenamiento jurídico argentino, rotularemos:

a) derechos “grupales” a aquellos que ostentan una porción de la sociedad, predeterminada o no respecto de sus integrantes (jubilados, católicos, enfermos de cáncer, surfistas, vecinos, etc.) que además, cuando se encuentran organizados jurídicamente pueden ser denominados “sectoriales” (abogados, tamberos, etc.).

b) derechos “colectivos” a aquellos que corresponden a la sociedad en su conjunto y cuya violación afecta inevitablemente a todos, por lo que su titularidad es difusa (su incidencia es “en general”, y de allí su conexión con los denominados “intereses difusos”).

En nuestra clasificación provisoria –que recoge una diferenciación entre derechos “de incidencia colectiva” y derechos “de incidencia colectiva en general”–, la

---

\* Artículo extraído de Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Bs. As., Ediar, 2003. [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Jiménez, Eduardo P., *Derecho constitucional argentino*, t. II, Bs. As., Ediar, 2000, p. 456.

<sup>2</sup> El constituyente federal argentino de 1994, al incorporar el amparo colectivo en el art. 43, 2º párrafo de la ley fundamental, optó por incluir bajo la naturaleza de “derechos” (rotulándolos “de incidencia colectiva en general”) a los que tradicionalmente fueron conceptuados como “intereses”, más precisamente como “intereses difusos”.

<sup>3</sup> Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 119.

diferencia entre los derechos grupales (sean o no sectoriales) y los colectivos radica en que cuando estos últimos son violados siempre hay una afección a la totalidad de los integrantes de una sociedad determinada, más allá de los derechos o intereses personales, grupales o sectoriales que algunos de sus integrantes puedan anteponerles (v.gr., puede que la realización de una obra pública de gran envergadura –la construcción de un dique– beneficie a sus constructores, a empleados y a empresas productoras de los materiales que se utilizarán, y que las personas implicadas en tal labor refieran la defensa de esos derechos o intereses grupales o sectoriales antes que a los colectivos que también tienen –y que prefieren postergar– para impedir esa construcción frente a un impacto ecológico grave)<sup>4</sup>.

Es que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos colectivos, en los derechos grupales o sectoriales siempre existe la posibilidad de conflicto entre los derechos de unos y otros grupos o sectores de la sociedad, e incluso entre los miembros del mismo grupo o sector, cuyo enfrentamiento los subdivide en uno o más subgrupos o sub-sectores (v.gr., las diferencias existentes entre distintos grupos católicos frente a la proyección, en 1996, de la película “La última tentación de Cristo”, cuando una minúscula asociación de estudiantes católicos obtuvo la prohibición de proyección del film por un canal de televisión por cable, cuando el Arzobispado de Buenos Aires había dejado en definitiva a criterio de cada católico el ver o no la película y ello afectó además, obviamente a los no católicos, lo que llevó a interesantes reflexiones acerca de los problemas que acarrearán los efectos expansivos de la cosa juzgada a falta de regulación expresa del problema<sup>5</sup>), fenómeno que inhibe, como veremos, la extensión de la legitimación activa para su defensa a representantes distintos de esos grupos o sectores (v.gr., al defensor del pueblo, que sólo estará legitimado para la defensa de un derecho grupal o sectorial cuando su vulneración traiga aparejada una afección global –p.ej., la discriminación hacia miembros de determinada raza, religión o clase social–).

Desde luego, reconocemos que esta clasificación puede no ser compartida, ya que hay múltiples enfoques al respecto, de los cuales aparece como variable común entre otras, como lo indica Sagüés, que el derecho es de “incidencia colectiva” cuando es titularizado por una serie indeterminada o difusa de personas (que incluso pueden cambiar cotidianamente, como puede ocurrir con la venta ilegal o arbitraria de un parque de uso público, con lo que se priva de recreación a todo aquel que pueda pasear por él)<sup>6</sup>.

Así, Gil Domínguez entiende que para poder definir a un bien como “colectivo”, deben conjugarse los siguientes elementos: a) pluralidad de sujetos que disfrutan de un bien; b) una relación existente entre varios sujetos y un objeto por la que se pretende evitar algún perjuicio u obtener algún beneficio; c) un bien cuyo disfrute es co-

---

<sup>4</sup> En este sentido, en la Convención Nacional Constituyente de 1994, Quiroga Lavié expresó que los derechos que en definitiva resultaron cobijados por el art. 43, párr. 2º, son “los derechos públicos de la sociedad”, esto es, los que refieren a “la sociedad como entre moral o colectivo” (*Diario de Sesiones*, p. 4122).

<sup>5</sup> Ver diario “La Nación”, de los días 3, 8, 15 y 19 de septiembre de 1996, y a Sagüés, Néstor P., *Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo*, en Bidart Campos, Germán J. - Sagüés, Néstor P. y otros, “El amparo constitucional”, Bs. As., Depalma, 1999, p. 22 y siguientes.

<sup>6</sup> Sagüés, *Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo*, en Bidart Campos - Sagüés, y otros, “El amparo constitucional”, p. 22 y siguientes.

lectivo pero que es susceptible de apropiación individual; c) un bien susceptible de apropiación exclusiva pero que convive en una situación de identidad fáctica que produce una sumatoria de bienes idénticos. Entre ellos, encuentra a los siguientes: el fútbol-espectáculo, la no existencia de corrupción en el ejercicio de la función pública y la legalidad constitucional<sup>7</sup>.

Por su parte, Gozaíni explica que:

a) Los intereses colectivos corresponden a un conjunto definido de personas que se congregan en derredor de una unidad jurídica que los vincula. El interés radica en varios, y la tipología que presentan se ejemplifica con los sindicatos, los colegios o asociaciones profesionales, las sociedades, etcétera.

b) Los intereses difusos corresponden a una categoría que se diferenciarían de aquellos en cuanto a:

1) la organización dispuesta para ellos; con lo cual serían difusos aquellos intereses que tienen una posición de ventaja reconocida a ciertos particulares sin identificar, mientras que colectivos serían los que tienen una representación adecuada<sup>8</sup>, o

2) la relación subjetiva, ya que los intereses difusos pueden coincidir con los intereses generales en cuanto a su extensión, pero se caracterizan por la fragmentación o pluralidad de situaciones subjetivas relativas a sujetos singulares, mientras que los intereses colectivos son más acotados, al corresponder a una categoría, clase o grupo de sujetos, vinculados por una situación de conflicto con el poder económico<sup>9</sup>.

Esta corriente nos acerca a dos conceptos: el de “interés” –inicialmente aceptable pero ahora insuficiente– y su caracterización como “difuso” o como “colectivo”.

Así, la expresión “interés difuso” refiere a la presencia de una pluralidad indeterminada de individuos que titularizan ese “interés”, y que conforman una comunión en la que cada uno de sus partícipes goza de la prerrogativa de disfrutar de ciertos bienes o valores sumamente variados (ambiente, calidad de vida, flora, fauna, recursos naturales, paisaje, patrimonios histórico, artístico y cultural, defensa del consumidor y del usuario, vigencia de la legalidad, etc.) e indivisibles (por lo que ninguno de los integrantes del grupo puede invocar sobre ellos derechos individuales, propios, exclusivos y excluyentes y la afección o satisfacción de uno provoca la de todos)<sup>10</sup>. Ello permite precisar que, aún aceptando hoy esa calificación, en realidad

<sup>7</sup> Gil Domínguez, Andrés, *Los derechos de incidencia colectiva en general*, en Ekmekdjian, Miguel Á. - Ferreyra, Raúl G. (coords.), “La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático”, Bs. As., Depalma, 2000, p. 234 y 235.

<sup>8</sup> Vigoriti, Vincenzo, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, Giuffré, 1979, p. 17 y siguientes.

<sup>9</sup> Bricola, Franco, *La tutela degli interessi collettivi nel processo penale*, en “Le azioni a tutela di interessi collettivi”, Padova, Cedam, 1976, p. 133. Gozaíni, Osvaldo A., *El derecho de amparo*, 2° ed., Bs. As., Depalma, 1998, p. 123 a 129.

<sup>10</sup> Explica Capella que la expresión *intereses difusos* “fue concebida por el constitucionalismo moderno para justificar la existencia de una pluralidad indeterminada de individuos, no vinculados entre sí por una relación jurídica, que conforman una comunión en la que cada uno de sus partícipes goza de la prerrogativa de disfrutar de ciertos bienes que, por naturaleza, son indivisibles, en el sentido de que no pueden ser imputados en ‘cuotas partes’ atribuibles individualmente en forma exclusiva

debiera aludirse a “intereses de titularidad difusa”, pues lo difuso no es el bien jurídico sino su titularidad, y expresar que, en nuestra opinión, es correcto otorgar a este tipo de bienes jurídicos la naturaleza de “derecho” en lugar de “interés”, por cuanto, entre otras razones, además de estar hoy encuadrado dentro de aquéllos, nos da la idea de una tutela reforzada que aleja la posibilidad de desprotección.

Nuestro ordenamiento constitucional captó a los derechos grupales, sectoriales y colectivos especialmente en los arts. 41 (ambiente), 42 (usuario y consumidor) y 43 (toda forma de discriminación, ambiente, competencia, usuario, consumidor y derechos de incidencia colectiva en general). Al margen de las dificultades propias de los alcances de los conceptos utilizados, cabe evaluar si —como lo indica Chaumet— todos los intereses difusos están captados por el art. 43, o sólo algunos. Coincidimos con él en que: “Una interpretación restrictiva podría sostener que el texto constitucional no permite incluir en su alcance cualquier tipo de interés, sino sólo aquellos que resultan sustancialmente afines a los allí enunciados, ya que una interpretación contraria tornaría ociosa la particularización que hace el texto. Ante esta posición se

---

y excluyente a sus integrantes, ni aún en forma ideal, de suerte que la satisfacción del interés de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de los demás, así como la lesión al interés de uno solo constituye, *ipso facto*, lesión a la entera colectividad.

En rigor, hay en el grupo una situación de solidaridad inevitable, no porque entre sus partícipes exista condominio sobre las cosas, o una copropiedad sobre los bienes que no son cosas y que forman el objeto del interés, sino porque se produce una convergencia de intereses del mismo grado sobre ese mismo objeto común (bien en sentido amplio).

En el interés difuso, además, siempre subyace un derecho. No se trata de un derecho subjetivo preexistente; tampoco de un señorío sobre el objeto del interés, sino de un poder de acción para proteger el bien lesionado. De ahí que ninguno de los interesados pueda invocar derechos individuales, propios, exclusivos y excluyentes.

Por otra parte cabe destacar que el objeto sobre el cual recaen esos derechos de modalidad difusa son de difícil cuantificación pecuniaria, pues constituyen bienes ‘libres’, a los que tradicionalmente refiere la economía como ‘no económicos’. Es que, más que bienes (en sentido económico) son en realidad ‘valores’ sociales, culturales, ecológicos, históricos, jurídicos, políticos, cívicos, antropológicos, étnicos, etcétera. Por ello, no se pueden enajenar o gravar. Piénsese, por ejemplo, en el aire; en una plaza; en el sistema educativo; en la correcta comercialización de productos o mercaderías a la población, etcétera.

También es dable advertir que esta categoría comprende una gama muy variada de valores distintos, que van desde la defensa del consumidor y del usuario, pasando por algunos que son presupuestos de la personalidad, como la vida, la salud y el medio ambiente, hasta otros que son verdaderas cuestiones públicas, sociales y culturales, tales como la protección de la flora y la fauna silvestre, los recursos naturales, la salud pública, la educación, la información y la seguridad pública, la calidad de vida, el patrimonio histórico, artístico y cultural; o relativos a temas urbanos, edificios, estéticos, panorámicos y paisajísticos, e, incluso, la defensa del erario público o el simple interés en la legalidad y la moralidad pública.

Queremos decir con esto que la denominación de ‘intereses difusos’ no implica que los valores sociales que abarca posean una misma e idéntica condición jurídica, sino que tan sólo representa un cartabón a través del cual se los reúne para proporcionarles un mismo tratamiento procesal para su protección. Adviértase que la expresión misma sólo sirve para darnos una idea del modo como ellos se manifiestan, es decir, dispersos en una cantidad indefinida de sujetos, pero en modo alguno constituye una agrupación de situaciones con igual naturaleza jurídica.

En síntesis. Toda vez que se presenta una situación de este tipo en la que esté involucrado un grupo de individuos indeterminados, no vinculados entre sí por una relación jurídica, pero que participan del mismo grado de interés respecto de bienes de disfrute necesariamente solidario y sobre los cuales ninguno de los integrantes del grupo pueda invocar derechos individuales, propios, exclusivos y excluyentes, estamos en presencia de un ‘interés difuso’” (Capella, José L., *Intereses difusos. Ley 10.000*, Rosario, Gráfica Esfinge, 1995, p. 27 a 29).

podría preguntar si un conflicto caracterizado como de 'educación' está comprendido por la citada norma.

Consideramos que la enunciación de intereses que prescribe la disposición no es taxativa sino meramente enunciativa. Es cierto que se ha recurrido a una enunciación que no resulta muy homogénea, en donde, textualmente, no se incluye la educación, al patrimonio cultural y tantos otros intereses, sin embargo, está fuera de discusión que aquella enumeración es meramente enunciativa dado que se cierra el artículo con un 'concepto válvula'.

La indiferenciación o supraindividualidad que inspiran los intereses difusos, abarca una infinidad de cuestiones. En la polémica caracterización de los intereses difusos, muchas veces implícitamente, las menos expresamente, se los confundió con la problemática ambiental, pero lo cierto es que, como lo hemos expuesto, lo difuso como expresión de la estructura cultural actual abarca todo el derecho y no debe ser identificado con una de sus manifestaciones.

Es también real que en nuestro tiempo las preocupaciones por el medio ambiente, o por el consumo, son significativas, pero no se les debe dar un alcance totalizador<sup>11</sup>.

Aclarados los alcances de la cláusula constitucional, volvamos sobre la diferencia que marcamos entre los derechos de la comunidad y los de los sectores específicos de ella, pues acarrea una serie de cuestiones adicionales que no son de poca monta, y que refieren a:

a) la apertura de la legitimación activa para postular procesalmente en defensa de ellos;

b) los alcances de la cosa juzgada en los procesos donde se ventilan derechos de este tipo, y

c) el diseño de las vías judiciales protectivas, en especial por la necesidad de acomodar la participación plural en el litigio (ello se entiende toda vez que la defensa de un derecho individual o familiar no genera ordinariamente mayores complicaciones de índole procesal, pero una participación multitudinaria debe ser atendida de modo diferente, en especial si se quiere cumplir eficazmente con el derecho a la jurisdicción –hoy *aggiornado* bajo el rótulo del derecho a la tutela judicial efectiva–).

Veremos brevemente cada uno de esos supuestos a continuación.

## **2. Legitimación activa**

Alude Gil Domínguez a que entre los diversos modelos de protección de los derechos de incidencia colectiva en general, existen los siguientes: a) orgánico privado, que otorga legitimación procesal activa a sujetos privados colectivos, esto es, a grupos relativamente organizados; b) orgánico público, que concede legitimación a instituciones jurídicas públicas más o menos especializadas, v.gr., al defensor del pue-

---

<sup>11</sup> Chaumet, Mario E. *Los intereses difusos en el art. 43 de la Constitución nacional*, en Bidart Campos, Germán J. - Sagüés, Néstor P. y otros, "El amparo constitucional", Bs. As., Depalma, 1999, p. 167 y 168.

blo; c) social, que reconoce legitimación a los grupos, pese a carecer de personalidad jurídica (v.gr., las acciones de clase), y d) popular, que legitima a cualquier ciudadano en defensa del orden jurídico (v.gr., la acción popular)<sup>12</sup>.

En el caso argentino, el art. 43 constitucional federal habilita a interponer el amparo colectivo al afectado, al defensor del pueblo, y a las asociaciones “que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Como lo indica Bidart Campos: “La triple legitimación del afectado, del defensor del pueblo, y de las asociaciones nos induce a sostener que una no excluye a las otras, por lo que ninguno de los legitimados tiene el monopolio de la acción. De no darse un litisconsorcio activo ni acumulación de amparos en un solo proceso, resta prever el alcance de los efectos de la sentencia, a fin de evitar decisiones opuestas que desvirtúen en una misma cuestión, resuelta por sentencias dictadas en más de un caso, el objetivo tutelar del amparo”<sup>13</sup>.

Con respecto a la legitimación del “afectado” cabe registrar tres posiciones al respecto: a) restringida, para la cual afectado es sinónimo de persona titular del daño directo, personal y diferenciado (Barra, Tawil, Bianchi, Comadira); b) moderada, para la cual la afectación puede ser compartida por otros que invocan su cuota-parte del interés común o colectivo (Bidart Campos, Gozaíni, Sabsay, Gordillo, Sagüés, Gusman, Toricelli), y c) amplia, para la cual toda persona está legitimada invocando la defensa de la legalidad o una disfunción socialmente relevante (Jiménez, De Sanctis)<sup>14</sup>.

En el proceso de concreción de esta disposición en la Convención Constituyente de 1994, tanto en el despacho mayoritario, como en el plenario quedó claro que no se admitía la acción popular<sup>15</sup>, pese a que originalmente se encontraba prevista la acción popular de los derechos colectivos, pues luego la legitimación se restringió a los sujetos establecidos en la norma, en virtud de negociaciones entre los distintos bloques<sup>16</sup>. Consecuentemente, no hay acción popular para el amparo<sup>17</sup>, aunque sí lo que se denomina “amparo colectivo”<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Gil Domínguez, *Los derechos de incidencia colectiva en general*, en Ekmekdjian - Ferreyra (coords.), “La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático”, p. 235.

<sup>13</sup> Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, t. II, Bs. As., Ediar, 1997, p. 383 y 384.

<sup>14</sup> Gil Domínguez, *Los derechos de incidencia colectiva en general*, en Ekmekdjian - Ferreyra (coords.), “La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático”, p. 238 y 239.

<sup>15</sup> El Frente Grande propuso un agregado que no fue aceptado porque podía dar lugar a entender que se instauraba la acción popular (Ver *Diario de Sesiones*, p. 4259, 4260 y 4115 y Toricelli, Maximiliano, *La legitimación activa en el art. 43 de la Constitución nacional*, en Bidart Campos, Germán J. - Sagüés, Néstor P. y otros, “El amparo constitucional”, Bs. As., Depalma, 1999, p. 50 y ss.).

<sup>16</sup> Tal situación fue ratificada por el convencional Díaz al expresar que el segundo párrafo del art. 43 no limita, como el primero, el derecho reconocido a toda persona, sino que solamente expande la posibilidad de acceder a ciertos sujetos específicos y en materias determinadas (Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución nacional*, en Rosatti, Horacio D. y otros, “La reforma de la Constitución”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994).

<sup>17</sup> Ver al respecto a Rivas, Adolfo A., *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, LL, 1994-E-1330; Rosales Cuello, Ramiro, *Nueva etapa en la vida del amparo*, ED, 161-956 y

Sobre el particular, Bidart Campos –al preguntarse si se consagra una acción popular o si se reitera, acaso, con la mención del afectado, lo mismo que se ha dicho en el párrafo primero del art. 43–, indica que resulta indispensable encontrar un punto medio para no incurrir en la exageración, pero tampoco en el reduccionismo, y que la sustitución de la locución “toda persona” por “el afectado” tiene un sentido. Así, “si afectado es quien padece un daño diferenciado y exclusivamente propio –como alguna doctrina egoísta viene postulando– estamos restringiendo el sentido del párrafo segundo, y colocando la situación que en él se regula en paridad con lo que entendemos que significa el primero: el afectado sería solamente la persona que, de modo singular, y sólo ella, titulariza el derecho agredido. Si afectado es cualquiera, recaemos en la acción popular. Y ninguna de ambas tesis nos satisface: una por estrangular la legitimación; otra por exorbitancia”.

“Que el léxico del párrafo segundo del art. 43 es más elástico que el del primero cuando éste describe el diseño habitual del amparo significa, sin duda, que agregar los calificativos de personal y directo al sustantivo ‘afectado’, o al daño que se sufre, destruye y desvirtúa la procedencia del amparo y la consiguiente legitimación para las situaciones que, ya desde antes de la reforma, considerábamos como subjetivas en la porción o ‘cuota-parte’ que a cada integrante de un grupo le toca personalmente como co-titular de un interés común, difuso o colectivo”.

“El Tribunal Constitucional de España –que no sufre de estas miopías– ha dicho en su sentencia n° 62 de 1983 que las acciones públicas del art. 125 de la Constitución española dan cobertura a los intereses comunes, porque cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal”<sup>19</sup>.

Y en otra obra, el autor agrega: “La interpretación amplia del término ‘afectado’ como sujeto con legitimación procesal para promover el amparo *no debe equipararse a la admisión lisa y llana de la acción popular*.”

En efecto, en tanto la acción popular legitima a cualquier persona, aunque no titularice un derecho, ni sea afectada, ni sufra perjuicio, el amparo que ahora analizamos en cuanto a la legitimación del afectado presupone que, para ser tal, el derecho o el interés que se alega al iniciar la acción de amparo tiene que presentar un *nexo suficiente con la situación personal del actor*, que no requiere ser exclusiva de él. Tal nexo existe aunque sean muchas las personas que se encuentran en una situación equivalente porque comparten un derecho o interés que les es común a todas”<sup>20</sup>.

Por tales y por otros motivos, coincidimos con Gelli en que cualquier persona está legitimada a título individual para articular un amparo colectivo –aun sin padecer un daño concreto–, cuando es tocado, interesado, concernido, vinculado por los efectos del acto u omisión lesivos, y que ello se desprende claramente de dos pre-

---

Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, t. 3, 4° ed., Bs. As., Astrea, 1995, p. 676).

<sup>18</sup> Recordando “Kattan” (más conocido como “el caso de las toninas”) explica Gozaíni que se denomina “amparo colectivo” porque el interés se difunde al grupo que lo detenta sin tener un “dueño” en particular, y la protección favorece al conjunto, otorgando un derecho a la sentencia favorable que no es individual (Gozaíni, Osvaldo A., *El derecho de amparo*, Bs. As., Depalma, 1995, p. 87).

<sup>19</sup> Bidart Campos, Germán J., *La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución*, ED, 166-860.

<sup>20</sup> Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, p. 382.

cedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: a) el caso “Kattan” –mencionado por el convencional Schroder en los debates de la Convención–, donde el Alto Tribunal consideró que existía afectación del derecho subjetivo (emanado por entonces del art. 33 de la Constitución) a la no modificación del propio hábitat; que “la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo”, y que la defensa de su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, y recordó lo resuelto en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”, donde se sostuvo que el efecto reparador de la réplica alcanzaba al conjunto de quienes pudieron sentirse ofendidos con igual intensidad por el mismo agravio, a fin de evitar que el derecho reconocido se convirtiera en un multiplicador de respuestas interminables. Es decir, adjudicándole al accionante un cierto tipo de representación del grupo afectado<sup>21</sup>.

Ya con relación a la legitimación de las “asociaciones” que propendan a los fines mencionados en el segundo párrafo (v.gr., Greenpeace, asociaciones de consumidores, etc.) a partir de la frase “registradas conforme a la ley”, alguna corriente sostiene, aún admitiendo la existencia de jurisprudencia en contrario, que “si no hay una norma que las regule, habrá que esperarla para que la entidad se organice y registre específicamente, y así adquiera legitimación”. Esto último puede provocar el decaimiento de la legitimación procesal de algunas organizaciones que antes de la reforma estaban potenciadas para actuar, conforme al desarrollo jurisprudencial habido (Sagüés, Natale)<sup>22</sup>.

Nos permitimos disentir con ambos autores y coincidir aquí con Bidart Campos en que “mientras la ley no se dicte, y por ende, la registración no se efectúe, las asociaciones que ya están constituidas para objetivos coincidentes con los que menciona dicho art. 43 deben ser judicialmente admitidas para la promoción del amparo”<sup>23</sup> y que “basta que existan con alguna formalidad asociativa de la que surjan sus fines para que su legitimación les sea reconocida judicialmente. Resta añadir que si invisten legitimación para promover amparo, también se les ha admitido cuando –de no ser procedente el amparo– acuden a otra clase de vía judicial”<sup>24</sup>.

Con respecto al defensor del pueblo, la situación merece alguna aclaración, pues a diferencia de lo que ocurre con el afectado y con las asociaciones, que pueden actuar aún en defensa de un derecho colectivo que no afecte de igual modo a toda la sociedad, en el caso de este funcionario es donde se advierte con mayor claridad que el derecho colectivo en juego debe afectar de algún modo “en general” a la sociedad, y que su legitimación puede admitirse cuando la defensa ante la afección de un sector no implique la indebida postergación de otro, pues en tales supuestos su intervención debe ser sometida a rigurosísimo análisis en tren de no terminar ge-

<sup>21</sup> Gelli, María A., *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, LL, 1995-E-985.

<sup>22</sup> Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, t. 3, p. 676, y *Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo*, en Bidart Campos - Sagüés y otros, “El amparo constitucional”, p. 22. CSJN, 22/4/97, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina”, LL, 1997-C-322; íd., 1/6/00, “Asociación Benghalensis y otros c/Estado nacional”, comentado por Toricelli, Maximiliano, *Los alcances del artículo 43, párrafo 2. La consolidación de la buena fe*, LL, 2001-B-123.

<sup>23</sup> Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Bs. As., Ediar, 1995, p. 320.

<sup>24</sup> Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, p. 383.

nerando una situación de discriminación que el texto constitucional está obligando precisa y específicamente al defensor del pueblo a combatir.

Casos de eventuales conflictos llenan las páginas de los periódicos (v.gr., rebalances de tarifas telefónicas, que si bien beneficiaban a quienes utilizaban el servicio de llamadas internacionales, perjudicaban a otros que sólo hacían llamadas locales y que provocaron amparos contradictorios en pro y en contra del rebalanceo; grupos de vecinos que pretenden que los rellenos sanitarios de la ciudad sean colocados en otro lado de la urbe y que los camiones recolectores también circulen por otros lugares, perjudicando en tal caso a otros grupos de vecinos, etc.).

Como bien lo ha explicado Sagüés: “El problema son las situaciones intermedias, donde el número de los involucrados por un acto lesivo no abarca a la totalidad de las personas. Supóngase que un decreto establece una reducción en las jubilaciones de los que perciben, por ejemplo, más de \$ 5.000, limitándolas a \$ 4.500, so pretexto del estado difícil de las cajas respectivas. Nadie discute que cada afectado podría promover su amparo, con éxito o no, pero siempre con legitimación para hacerlo. La incógnita es si el defensor del pueblo, o, v.gr., una hipotética ‘asociación pro defensa de la clase pasiva’, está legitimada para plantear una acción de amparo en pro de todos los jubilados a quienes se les redujo sus haberes. Entre éstos, puede haber quienes rechazan el descuento, pero también otros, conformes con la baja de sus haberes, convencidos por ejemplo que ello sería un acto de solidaridad social. Estos últimos, de ser aceptado el amparo, gozarían de una sentencia que los favorecería, pero que aun así no querrían gozar, por motivos, como se dijo, de solidaridad”.

“Probablemente la ruta distintiva pase por lo siguiente: si un acto lesivo se especifica en una serie determinada y concreta de sujetos (por ejemplo, si se niega la percepción de un aumento a jubilados que tienen –o que no tienen– ciertas condiciones, como los menores de setenta años) el derecho afectado está básicamente personalizado y el amparo únicamente podría plantearse por los singularmente afectados, y no por el defensor del pueblo ni las asociaciones (salvo que entren en danza derechos antidiscriminatorios, del usuario, del ambiente, de la competencia y del consumidor, en donde tales sujetos tendrían legitimación, pero por una explícita habilitación constitucional del mismo art. 43, y no por la vía de ‘derechos de incidencia colectiva’). En cambio, si el acto lesivo perjudica a una serie indeterminada o difusa de personas, que incluso pueden cambiar cotidianamente (v.gr., la venta ilegal o arbitraria de un parque de uso público, con lo que se priva de recreación a todo aquel que pueda pasear por él) el derecho afectado es de ‘incidencia colectiva’, y por ende, defendible por el defensor del pueblo y las asociaciones. Ello no impide, en el último caso, que existan asimismo afectados concretos, que también podrían articular el amparo a título de afectados inmediatos.

En definitiva, la calificación de ‘derecho de incidencia colectiva’ no parece depender el número de individuos perjudicados por un acto lesivo, sino de su determinación o indeterminación (es decir, de su carácter ‘difuso’). De no aceptarse esta tesis, cualquier acto lesivo que dañase a dos o más personas produciría un ‘derecho

de incidencia colectiva', con la posibilidad de que las asociaciones del caso o el defensor del pueblo planteen un amparo, les guste o no a aquellos perjudicados"<sup>25</sup>.

Por último y ya en cuanto a la extensión de la legitimación a otros sujetos no mencionados en el art. 43 de la Carta Federal, algunos autores entienden que ese listado puede ser ampliado. En concreto, según agrega Morello, cabe conceder legitimación al Ministerio Público, dado que el art. 43 alude a *toda persona* y las disposiciones de los arts. 86 y 120 de la Const. nacional autorizan a aquél a promover la defensa de los intereses de la sociedad<sup>26</sup>. Incluso la jurisprudencia ha ensanchado aún más la legitimación, habilitando a un intendente municipal, v.gr., en defensa del ambiente, ante un acto por el cual se pretendía la tala de árboles para remodelar una ruta<sup>27</sup>, o a un concejal y un ciudadano y ex diputado de la Nación por la instalación de un casino,<sup>28</sup> o al secretario nacional de la Federación Nacional de Docentes Universitarios, frente a una reducción de salarios dispuesta por el Poder Ejecutivo nacional<sup>29</sup>.

En estos supuestos, cabe también ser prudentes en tren de no ampliar exageradamente la legitimación activa, pues puede que las acciones que estos legitimados promuevan no hubieran sido propuestas por los miembros del grupo o incluso fueran en definitiva contrarias a sus intereses.

Con respecto a la integración de la faz activa del proceso, aludiremos brevemente a ella en el acápite siguiente, luego de referirnos a las proyecciones de las sentencias dictadas en los amparos colectivos.

### **3. Los alcances de la cosa juzgada en los amparos colectivos en ausencia de reglamentación**

#### **a) Derecho argentino**

Una vez resuelta la cuestión de la legitimación activa, un problema sumamente importante a discernir es el de los alcances de la cosa juzgada en el amparo colectivo, en especial porque ordinariamente tiene la aptitud de alcanzar en sus efectos –para bien o para mal– a quienes no participaron en el proceso, la mayoría de las veces porque no se les dio la oportunidad de hacerlo.

A falta de reglamentación expresa y ante una injustificable mora legislativa, nos inclinamos a coincidir con Bidart Campos en que en el caso de una sentencia admi-

<sup>25</sup> Sagüés, *Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo*, en Bidart Campos - Sagüés y otros, "El amparo constitucional", p. 23 a 25.

<sup>26</sup> Morello, Augusto M., *El amparo después de la reforma constitucional*, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", n° 7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 243.

<sup>27</sup> JuzgFed San Martín, 1ª Inst, n° 1, 20/9/94, "Municipalidad de Vicente López c/E. N. (M. E. O. y S. P.)", citado por Gelli, *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, LL, 1995-E-985.

<sup>28</sup> CNContAdmFed, Sala IV, 14/10/94, "Lázara, Simón A. y otro c/Poder Ejecutivo nacional s/amparo", citado por Gelli, *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, LL, 1995-E-985.

<sup>29</sup> JuzgNacContAdmFed, 1ª Inst, n° 6, 22/5/95, "Molina, José L. c/Estado nacional s/amparo ley 16.986", citado por Gelli, *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, LL, 1995-E-986.

soria de un amparo promovido en defensa de un derecho de incidencia colectiva tendría ciertos efectos *erga omnes*, beneficiando o perjudicando a todos<sup>30</sup>, mientras que, en el supuesto de una sentencia desestimatoria el efecto sería distinto, toda vez que, como lo indicara en el seno de la Convención Constituyente de 1994 el convencional Hitters –en expresiones coincidentes con las de otros convencionales–, si, v.gr., un amparo es interpuesto por un vecino frente a la contaminación de un río, el rechazo de la acción no impide que otro vecino promueva otra acción similar, pues ante éste la resolución no tiene efectos de cosa juzgada<sup>31</sup>.

De todos modos, cabe advertir que no basta quedarse con estas afirmaciones, pues tal simplificación sólo deriva de la ausencia de reglas específicas que permitan una adecuada integración de la parte actora (también, aunque bien excepcionalmente, de la demandada) y que puede ser superada, como lo indica Sagüés, por distintos conductos procesales, a saber: *a)* encuadramiento de la legitimación activa cuando el grupo afectado está organizado en el representante legal (v.gr., ley 7135 de jurisdicción constitucional de Costa Rica, respecto del derecho de rectificación o respuesta); *b)* citación de terceros involucrados, por cédula o por edictos; *c)* la acción de revisión por el perjudicado no citado al proceso, y *d)* la habilitación del recurso extraordinario federal para ese perjudicado no citado<sup>32</sup>.

Es precisamente en este sentido que la doctrina (Bidart Campos<sup>33</sup>, Bianchi, Quiroga Lavié), en especial atendiendo a la necesidad de brindar un marco más adecuado, ha acudido al derecho anglosajón, que ya ha resuelto el problema a través de, entre otras, las acciones de clase, a las que nos referiremos a continuación.

## **b) Las “public interest actions”, “class actions”, y “relators actions” del derecho norteamericano**

En el derecho norteamericano se distingue entre las acciones populares o acciones en interés público (*public interest action*) y las acciones de clase (*class actions*) las que están expresamente reguladas –en especial esta última, para el ámbito federal, por la “regla 23” de Procedimiento Judicial Federal– y que tienden a resolver los problemas de legitimación colectiva a gran escala.

Como lo indica Quiroga Lavié, ambos tipos de acciones se distinguen esencialmente por lo siguiente: las acciones populares están reconocidas en protección de intereses generales de la población, como pueden ser las dirigidas a evitar la contaminación ambiental, y las acciones de clase (conocidas por las cortes inglesas hacia el siglo XVII) tienden a proteger intereses individuales de sectores específicos de la población, como pueden ser los consumidores.

“En rigor –apunta el autor– una diferenciación precisa entre la acción en interés público y la acción de clase, nos muestra que la primera implica a los intereses públicos legitimados por la representación de uno de los miembros del sector afectado, porque en ningún caso se puede decir que el interés individual de cada uno tiene

<sup>30</sup> Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, p. 319.

<sup>31</sup> Ver *Diario de Sesiones*, p. 4181, 4260 y 4416.

<sup>32</sup> Sagüés, *Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo*, en Bidart Campos - Sagüés y otros, “El amparo constitucional”, p. 27 a 30.

<sup>33</sup> Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, p. 319.

suficiente entidad como para poder invocarlo en juicio. Ese es el caso de los denominados ‘intereses difusos’, que no alcanzan a formar un interés individual, como es el supuesto del habitante que teme la contaminación de su ambiente por daños que no puede probar que se hayan producido en su contra o se vayan a producir efectivamente.

Lo que se juega en dicha acción pública es una extensión de la legitimación procesal. En cambio, en la *class action* se trata de proteger intereses privados o individuales, que efectivamente pueden ser invocados por cada uno de los afectados y probados en juicio, pero que normalmente no se invocan –por negligencia, costumbre o por el costo de hacerlo– y que corresponden, esto es lo específico, a un número amplio de personas que se hallan, masivamente, en la misma situación<sup>34</sup>.

También existen las denominadas *relators actions*, articuladas por asociaciones sectoriales (v.gr., profesionales o gremiales) en defensa de los derechos e intereses atinentes a esos grupos<sup>35</sup>.

Dado que el estudio de estas acciones excede el espacio destinado a este trabajo, nos remitimos para su análisis, entre otros, a los trabajos de Bianchi<sup>36</sup> y Quiroga Lavié<sup>37</sup>, destacando al solo fin ilustrativo que la “regla 23” establece una serie de pautas previas a que se viabilice la acción, como la integración de los actores o demandados (los que impliquen representación colectiva) que tendrán luego incidencia en el buen orden del juicio y obviamente en su resultado (v.gr., entre los prerequisites que contempla, dispone que uno o más miembros de una clase podrán demandar o ser demandados como partes representantes de la clase si: 1) la clase es tan numerosa que la actuación conjunta de todos los miembros es impracticable; 2) existen cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase; 3) las pretensiones o defensas de las partes representantes son representativas de las pretensiones o defensas de la clase, y 4) las partes representativas van a proteger los intereses de la clase en forma justa y adecuada). Como lo indica Bianchi, el juez posee amplia discreción en el examen de estos requisitos previos y en caso de no poderse demostrar

<sup>34</sup> Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*, p. 110 y 111.

<sup>35</sup> Al abordar el tema, Quiroga Lavié explica que “Se trata del poder representativo de las asociaciones, como las de profesionales o gremiales, cuyos integrantes están mucho más precisamente individualizados que los sectores de consumidores y usuarios, pues no sólo se llevan registros de sus componentes, sino que los intereses están referidos a actividades de carácter permanente y ostensible que permiten individualizar a los afectados con mayor facilidad.

De allí que es razonable que la ley le reconozca carácter representativo a dichas asociaciones profesionales o gremiales, cuando los intereses del respectivo sector se encuentran afectados por actos de la Administración o de particulares. El grado de afectación del interés social general en estos casos es menor que cuando se afectan intereses de consumidores o usuarios, pero de todos modos se justifica una legitimación para estas asociaciones” (Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*, p. 113 y 114).

<sup>36</sup> Bianchi, Alberto B., *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Bs. As., Ábaco, 2001, y *Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala. En busca de un mecanismo que asegure economía judicial, eficacia y certeza en las decisiones*, R.A.P., Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, n° 235, abril 1998.

<sup>37</sup> Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*.

la concurrencia de todos ellos –lo que constituye una carga para los actores– no se autoriza el uso del sistema<sup>38</sup>.

Afirmamos, por último que, si se observa detenidamente, en la esencia de estas acciones puede encontrarse el origen de las diferencias conceptuales aquí propuestas entre derechos grupales, sectoriales y colectivos.

#### **4. Diversas vías protectivas en el derecho argentino**

##### **a) El amparo colectivo**

Ya analizamos los alcances y proyecciones del art. 43 de la Const. nacional en cuanto incorporó en su segundo párrafo la posibilidad de articular la acción de amparo “contra cualquier forma de discriminación” y “en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”, lo que nos exime aquí de otros comentarios.

A ello cabe agregar que, éste, en el plano federal, no cuenta con más regulación específica que la derivada de la “ley general del ambiente”, que se ocupa de aspectos concretamente referidos a la forma de compensación del daño ambiental, en cuatro artículos.

Así, en su art. 30 prescribe que “producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el art. 43 de la Const. nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción”.

Agrega luego que “deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

Ya en su art. 31 dispone: “Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas, la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación”.

---

<sup>38</sup> Bianchi, *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, p. 59.

Por su parte, el art. 32 se refiere a la competencia judicial ambiental y a ciertas características especiales del proceso, disponiendo que “será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida preparatoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aún sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas sin petición de parte”.

## b) Las medidas autosatisfactivas

Si bien las vías más comunes para remediar las situaciones en que es preciso recurrir a la tutela urgente son el amparo, el hábeas data, el hábeas corpus y las medidas cautelares en general (las que se instrumentan en procedimientos abreviados enderezados a obtener una tutela judicial pronta y efectiva de los derechos), como lo indica Cava, existen coyunturas urgentes que, por su naturaleza, no pueden ser encuadradas convenientemente en ninguno de los institutos tradicionales y por ello muchos se han visto obligados a “forzar” o “desfigurar” algunos de los mecanismos regulados, o a inventar procesos que permitan despachar una medida cautelar en orden a obtener respuesta inmediata a sus pretensiones. A los fines de evitar tales rodeos, y de proveer a una tutela adecuada se han creado las denominadas “medidas autosatisfactivas”<sup>39</sup>, que tienen aún escasa regulación en la Argentina y por ende, en los órdenes donde no se ha dictado reglamentación alguna de ellas, sólo la judicatura podría admitirlas cuando advierta que se dan los requisitos para tramitar las acciones que se intenten por esta especial vía.

Al aludir a estas medidas, explica Peyrano –su principal mentor en la Argentina y en buena parte de América latina– que no son en rigor técnicos cautelares por más que se las haya rotulado como cautelares autónomas, y que se caracterizan por constituir: a) un requerimiento urgente, formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal, para evitar su caducidad o decaimiento, y b) una especie del género de procesos urgentes (categoría que se despliega cuando concurren situaciones que exijan una particularmente presta respuesta y solución jurisdiccional, y que engloba una multiplicidad de procedimientos, como las resoluciones anticipatorias, el amparo, el hábeas corpus y las medidas cautelares).

También se destacan por ser despachadas *inaudita et altera pars*, previa comprobación de la existencia de una fuerte probabilidad y no una simple verosimilitud en el derecho invocado, y con contracautela, otorgando satisfacción al requirente,

---

<sup>39</sup> Cava, Claudia A., *Medida autosatisfactiva y amparo*, en Peyrano, Jorge W. (dir.), “Medidas autosatisfactivas”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 580.

sin que sea menester a tal efecto que éste incoe proceso principal alguno. Las medidas autosatisfactivas se encuentran así en paralelo con las cautelares ortodoxas<sup>40</sup>.

Las medidas autosatisfactivas tendrían andamiaje en el plano de los derechos de incidencia colectiva en múltiples situaciones (v.gr., cuando el daño ambiental estuviera por producirse como cuando se desee hacerlo cesar)<sup>41</sup>.

### c) La acción de daño temido

El art. 2499, 2° párr. del Cód. Civil prevé la “acción de daño temido”<sup>42</sup>, por la que se otorga a quien tema que “de un edificio o de otra cosa” se derive un daño a sus bienes, el derecho a denunciar el hecho al juez, a fin de que adopte las medidas cautelares pertinentes.

Si bien a simple vista la norma pareciera no tener nada que ver con los derechos colectivos, puede tener al menos dos vinculaciones:

1) con relación a la preservación del patrimonio cultural (v.gr., un edificio o monumento histórico que puede correr peligro de destrucción), y

2) respecto del daño ambiental, pues como lo indica Bosco, a partir de la formulación –defectuosa– de la frase “de un edificio o de otra cosa”, la doctrina ha incluido dentro de la expresión “o de otra cosa”, al agente causante del daño ambiental<sup>43</sup>.

A tenor de esta previsión, reunidos los requisitos típicos de toda cautelar –peligro en la demora, verosimilitud del derecho invocado y contracautela–, y promovido el proceso por persona legitimada, cabrá que el juez dicte las medidas conducentes a la que alude el art. 2499.

Legitimado activo sería el “afectado” a que alude el art. 43 de la Const. nacional<sup>44</sup>, y legitimados pasivos aquellos que, en caso de producirse el daño, estarían obligados a su reparación o recomposición, mientras que la competencia judicial recaería sobre el magistrado del lugar donde se habría producido el daño o donde se estuviera por producir el mismo<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Peyrano, Jorge W., *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, en Peyrano (dir.), “Medidas autosatisfactivas”, p. 13 a 18.

<sup>41</sup> Bosco, Carlos L., *Protección jurídica del medio ambiente*, “D. y E.”, junio 2001, n° 11, p. 62.

<sup>42</sup> “Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”. La acción también es denominada “interdicto de obra vieja” o “ruinosa” en la legislación española y en nuestra ley 50.

<sup>43</sup> Agoglia, María M. - Boragina, Juan C. - Meza, Jorge A., *El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental*, JA, 1993-IV-808, citado por Bosco, Carlos L., *Protección jurídica del medio ambiente*, “D. y E.”, junio 2001, n° 11, p. 51 a 81.

<sup>44</sup> Sostiene Bosco que a tenor de esta previsión podrán requerir el auxilio de la justicia quienes se vean afectados en sus derechos subjetivos, quienes posean un interés legítimo, directo y actual, si pretenden además de la prevención la reparación (en el caso de que el daño ya hubiera ocurrido). Y si buscan la prevención y la recomposición, también podrán hacerlo quienes aleguen intereses difusos.

<sup>45</sup> Mariani de Vidal, Marina, *Curso de derechos reales*, t. I, Bs. As., Zavalía, p. 231.

#### **d) El proceso urgente autónomo**

Según surge de lo expresado por Andorno, sería factible recurrir al “proceso urgente” (no cautelar) de naturaleza autónoma –similar a la acción inhibitoria del derecho italiano– en tutela, v.gr., del ambiente y a fin de impedir las llamadas “inmisiones”, y con base en lo dispuesto por el art. 2618 del Cód. Civil, donde el afectado podrá reclamar la cesación de tales molestias, sin perjuicio de la eventual demanda por los daños y perjuicios sufridos<sup>46</sup>.

Este proceso urgente, conforme lo indica Peyrano, “es autónomo, en el sentido de que no es accesorio ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo”, y para que sea procedente su articulación, es necesario el peligro en la demora, aunque no ya una apariencia de derecho alegado, sino una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del accionante, lo que además exime de requerir contracautela<sup>47</sup>.

Este proceso sería entonces claramente viable en materia ambiental, pues como lo indica Bosco apoyándose en Valls y Mariani de Vidal: “el resguardo de la calidad de vida de la población autoriza o hace posible el intento de esta medida, que tramitará vía sumaria, para hacer cesar cualquier ataque al medio ambiente. Así por ejemplo podría intentarse el denominado ‘proceso urgente’ a fin de que una industria dejara de volcar residuos o efluentes tóxicos en una acequia. En este caso habría que probar el comportamiento lesivo, la existencia de un daño injusto, la relación de causalidad entre el daño y la conducta”<sup>48</sup>.

#### **e) La acción negatoria**

Esta acción, consagrada en los arts. 2800 a 2806 del Cód. Civil, también habilita a brindar protección eficaz a los derechos de incidencia colectiva, en especial al ambiente.

<sup>46</sup> Andorno, Luis O., *El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano*, JA, 1995-II-887.

<sup>47</sup> Peyrano, Jorge W., *Lo urgente y lo cautelar*, JA, 1995-I-899, citado por Andorno, *El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano*, JA, 1995-II-887.

<sup>48</sup> Indica además el autor que igual remedio procesal es aconsejado en resguardo del medio ambiente. Valls sostiene que existen diversas normas vinculadas con el derecho ambiental en el Código Civil, a saber: arts. 2616, 2638/2649, 2642, 2643/44, 2645, 2646/47, 2540/2543 y 2547/2548 (Valls, Mario F., *Derecho ambiental*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1992, p. 77 y 78).

Respecto de esta acción preventiva o reparadora (en su caso) se ha discutido, conforme al texto legal si el juez podría ordenar la cesación de las molestias y la indemnización de los daños; o debería optar por una u otra medida. En tal sentido estimamos que podrían ordenarse simultáneamente la cesación y la reparación (siguiendo a Mariani de Vidal, *Curso de derechos reales*, t. I, p. 23) y/o su recomposición, agregamos por nuestra parte, en tanto y cuanto se hubiera producido algún daño.

Respecto de esta acción, la responsabilidad contemplada en la norma es de naturaleza objetiva, ajena por tanto a todo elemento intencional o culposo.

Por último también merece destacarse que “la autorización administrativa para que funcione el establecimiento en las condiciones en que lo hace, no influye sobre el derecho del vecino a ser indemnizado por los perjuicios que sufra, ya que aquélla lleva necesariamente la condición implícita de no causar perjuicio a terceros”. (Salas, Acdeel E. - Trigo Represas, Félix A., *Código Civil anotado*, t. 2, Bs. As., Depalma, 1999, p. 687). Bosco, Carlos L., *Protección jurídica del medio ambiente*, “D. y E.”, junio 2001, n° 11, p. 61.

Como lo explica Bosco: “Ejercitando esta acción puede solicitarse en primer lugar la *cesación*, es decir que se hagan cesar o paralicen las actividades que ocasionan perturbaciones ilegítimas al derecho del actor, que no consisten en la privación indebida de la posesión (pues en este caso lo procedente sería el ejercicio de acciones posesorias, o en su caso la acción real reivindicatoria) y, en segundo término, la *abstención*, es decir, que el demandado se abstenga de realizar en el futuro otras actividades del mismo género igualmente perturbadoras”.

Sostiene Bustamante Alsina que: “lo que persigue con la acción negatoria es una vía jurisdiccional de prevención para hacer cesar los efectos de la contaminación del ambiente, que no es un perjuicio puntual sino un proceso continuado de perturbación del derecho de propiedad, que ocasiona no solamente una pérdida del valor económico del inmueble afectado, sino un grave ataque al derecho a la calidad de vida de sus moradores”.

Agrega el distinguido civilista a manera de ejemplo: “la sentencia que admita la acción negatoria puede condenar al demandado a no enviar las aguas que indebidamente derivara al fundo del actor”<sup>49</sup>.

## 5. Conclusiones

Como hemos observado, la reforma constitucional de 1994 ha “blanqueado” y ampliado –aunque con deficiencias técnicas reprochables– la formulación y protección de los derechos colectivos.

Sin embargo, las notorias dificultades que plantea el esquema escogido –protección a través de un amparo colectivo que se rige por principios que no son sino propios de acciones individuales–, en especial ante lo relativo a la legitimación activa, la intervención de los afectados en el proceso y los efectos expansivos de la cosa juzgada, se agudizan aún más ante la mora legislativa ya irrazonable en resolverlas, lo que reclama la urgente atención del Congreso nacional.

Tal vez una solución transitoria radicaría en que los jueces, pese a las limitaciones presupuestarias y en su carácter de directores del proceso, adapten las soluciones provenientes del derecho anglosajón reseñadas, a fin de lograr sentencias respetuosas de principios elementales que emanan del derecho a la jurisdicción. Desde luego, también propiciamos que el legislador ordinario eche una mirada a tales formas, a fin de lograr una tutela efectiva de esos derechos.

Como tanto lo propiciara Bidart Campos, apoyándose en Bobbio, más allá de las intensas discusiones doctrinales habidas acerca de la fuente y el fundamento de los derechos humanos (y los de incidencia colectiva sin duda lo son), “a los derechos humanos, más que fundamentarlos, hay que protegerlos. La principal razón de esta afirmación nos parece ser la siguiente: cuando se hurga en el fundamento de los derechos, se multiplican con difusa pluralidad las distintas –y a veces opuestas– líneas iusfilosóficas, lo que significa que no hay –y seguramente nunca podrá haber–

---

<sup>49</sup> Bosco, *Protección jurídica del medio ambiente*, “D. y E.”, junio 2001, n° 11, p. 61 y 62, con cita de Bustamante Alsina, Jorge, *Derecho ambiental*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 146.

consenso unitario acerca de cuál es la ascendencia o el origen de los derechos humanos.

Cuando, sin embargo, se busca protegerlos, el consenso acrece y el disenso –o la contradicción– disminuye mucho. De este modo, el emprendimiento defensor de los derechos está en mejores condiciones para proponer y lograr la protección, y no una cualquiera o una débil, sino la más fuerte que resulte posible en cada sociedad y en cada tiempo histórico.

No en vano –como lo recordaba Maritain– la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 consiguió en las Naciones Unidas que, desde posiciones ideológicas y culturales muy diversas, se alcanzara la convergencia necesaria para emitir el documento con una finalidad práctica<sup>50</sup>.

Si todos estamos de acuerdo con el rango y la trascendencia de los derechos de la alta trascendencia social como los que venimos analizando, debemos esforzarnos en encontrar carriles protectores eficaces y adecuados, pese a que su principal infractor –por comisión u omisión–, esto es, el Estado, siga omitiendo en definitiva una regulación adecuada.

© Editorial Astrea, 2005. Todos los derechos reservados.



---

<sup>50</sup> Bidart Campos, Germán J., *Casos de derechos humanos*, Bs. As., Ediar, 1997, p. 13.