

ACERCA DE LOS MEDIOS JUDICIALES DE TUTELA DEL DERECHO AL AMBIENTE EN LA ARGENTINA (DERECHO FEDERAL Y DERECHO PROVINCIAL)

Oscar R. Puccinelli
Universidad del Rosario
Argentina

Sumario: 1. Introducción; El derecho al ambiente: ¿interés difuso, derecho grupal, sectorial o colectivo?; 2. La protección del ambiente en el ámbito judicial; 3. Reevaluación y conclusiones

1. Introducción. El derecho al ambiente: ¿interés difuso, derecho grupal, sectorial o colectivo?

La aparición en el escenario jurídico del siglo XX de los “derechos de tercera generación” –esto es, aquellos que trascienden la esfera individual y familiar para cobijar a grupos más amplios de personas que los titularizan, y que por provenir del constitucionalismo social, y predicar derechos sociales, antes que individuales (aunque simultáneamente también lo son, por lo que son tanto derechos colectivos como derechos subjetivos), reclaman políticas activas de parte del Estado tendientes a transformar la realidad, en vez de las típicamente abstencionistas del constitucionalismo clásico– ha provocado una particular disputa acerca de cómo pueden ser clasificados y cuál es la terminología correcta para identificarlos. Inclusive, como ocurre con el derecho al ambiente, en algunos casos sus contornos aún no se encuentran acabadamente delineados, por lo que todavía se registran superposiciones –totales o parciales– y hasta confusión entre los contenidos de los derechos que integran la categoría.

De esta problemática, nos interesa particularmente a los efectos de este trabajo definir someramente qué se entiende por derecho al ambiente y en qué categoría revista, para luego definir cuáles son las vías judiciales para su protección disponibles en el derecho argentino en general y en la provincia de Santa Fe en particular, y analizar brevemente algunas de sus problemáticas más salientes.

1.1. El derecho *al* ambiente y el derecho *del* ambiente

Aunque vulgarmente se asimila ambiente con ecología, ésta resulta solo lo integra parcialmente, pues el ambiente se compone también de muchos otros elementos, resultando –en su versión más amplia– sin duda el más abarcativo de los derechos de tercera generación¹, y que además se constituye en un claro derecho intergeneracional.

Como lo explican Sabsay y Tarak: “Todos tenemos una percepción intuitiva de los que es el ambiente. Si nos ponemos a pensar rápidamente lo asociaremos con el

¹ En el caso argentino, tanto el art. 41 de la Constitución nacional, como la Ley General del Ambiente han optado por un concepto amplio de “ambiente”, incluyendo nociones tales como el patrimonio histórico y cultural (art. 41) y los bienes y valores colectivos (LGA), y la jurisprudencia se ha mostrado conteste a esta interpretación en “Municipalidad de Tandil c/ La Estrella s/ Daños y Perjuicios” (CCyC Azul, Sala 2ª, 22/10/96, ED 171-373 y JA 1997-III-24), donde se reconoció que el daño ocasionado al complejo escultórico “Las Nereidas” y a una fuente de la ciudad de Tandil generaba un daño moral colectivo resarcible a la comunidad (Daniel A. Sabsay y María E. Di Paola, *El federalismo y la nueva Ley General del Ambiente*, en Anales de Legislación Argentina, Boletín informativo, año 2003, nº 17, La Ley, Buenos Aires, ps. 1/9).

entorno que nos toca vivir. Pensaremos en los recursos necesarios para una existencia humana en comunidad. Seguramente evocaremos sensaciones ligadas con el ruido de los colectivos, emanaciones tóxicas, ríos contaminados, residuos industriales, manchas de petróleo y muchas otras escenas que diariamente experimentamos... una primera conclusión que sacamos habla de la gran vastedad de la cuestión. Si apelamos a una definición académica, podríamos decir que el ambiente es un conjunto de elementos naturales, artificiales o creados por el hombre, físicos, químicos y biológicos que posibilitan la existencia, transformación y desarrollo de organismos vivos”²

Al solo fin ilustrativo, tomaremos algunas de las tantas definiciones que se han intentado.

Bustamante Alsina, p.ej., expresa que el ambiente –y no el “medio ambiente” que destaca el autor es una expresión inadecuada– es el “conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre”³.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (Estocolmo, 1972) muestra a las claras la amplitud de las incumbencias ambientales, reconociendo a las personas “un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a condiciones de vida satisfactorias en un medio cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar”, cargándolas simétricamente con “el deber solemne de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras” (Principio 1).

Y esa amplitud puede verse aún más clara en las conclusiones de la Comisión N° 1 de las Jornadas en Conmemoración de la Reforma del Código Civil Argentino (1968-1998), donde se dijo que el ambiente “comprende la recíproca influencia e interrelación entre una serie de elementos (recursos naturales, patrimonio histórico, artístico, urbanístico, paisajístico, entre otros) que en su conjunto constituyen un valor distinto de la suma de sus componentes singulares tendientes a satisfacer distintas necesidades humanas (educación, información, salubridad, paz, etc.)”⁴.

Si se compara esta última definición con los derechos tutelados por la ley 10.000 de Santa Fe (de protección de los intereses difusos) se verá que la mayoría de ellos se encuentran expresamente incluidos en una enumeración no taxativa⁵.

² Daniel A. Sabsay y Pedro Tarak, *La participación vecinal y la gestión del medio ambiente. Audiencias públicas. Gobierno Local*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Buenos Aires, 1995, p. 11.

³ Jorge Bustamante Alsina, *Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.23. Allí también expresa que hablar de “medio ambiente” es una práctica lingüística poco ortodoxa ya que se utiliza acumulativamente expresiones sinónimas o al menos redundantes, y analiza los significados de cada una de esas palabras –coincidentes– que surgen en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

⁴ Jornadas en Conmemoración de la Reforma del Código Civil Argentino (1968-1998), Universidad Argentina John F. Kennedy, Buenos Aires, 25 al 27 de junio de 1998, J.A. 21/10/98.

⁵ Entre otras definiciones, Enrique A. Zarate expresa que el ambiente, entorno o medio es “el conjunto de elementos y fenómenos como clima, suelo, u otros organismos que condicionan la vida, el crecimiento y la actividad de los organismos vivos” (Enrique Augusto Zárate, *Manual de Derecho Ambiental*, Nova Tesis, Rosario, p.11) y Carlo Castronovo –refiriéndose al derecho italiano– enseña que el ambiente, en cuanto a paisaje, hábitat, bellezas naturales, constituye una categoría de relación que expresa la recíproca vinculación de una serie de elementos, los cuales, solamente en cuanto a conjunto constituyen un valor distinto de aquel que pudiere resultar de la suma de los elementos singulares. Además tal valor en cuanto expresivo de tales relaciones, resulta intraducible mediante parámetros económicos (Carlo Castronovo, *La Nuova Responsabilita Civile*, Milan, 1991, Editore Milan, p. 161).

Cabe también recordar que durante el debate habido en la Convención Nacional Constituyente de 1994, la Convencional Eva Roulet sostuvo que “el concepto de ambiente, incluye el de todos los ámbitos construidos que alojan todas las actividades del hombre: las de trabajar cumpliendo condiciones de bienestar, de higiene, de seguridad, y de adaptación a sus funciones, así como las actividades de habitar, a las de educación, a las hospitalarias, y a cualquier otra enumeración posible... El patrimonio histórico... está incluido en la noción de

Ahora bien: ese “ambiente”, por su altísima trascendencia e incidencia sobre la humanidad, merece –y permítasenos esta verdad de Perogrullo– ser regulado jurídicamente y con un alto grado de tutela, por lo que cabe entonces distinguir entre, por un lado, el derecho *al* ambiente, que implica centralmente la potestad de reclamar ante los particulares y ante el Estado para que se lo respete y se realicen todas las acciones necesarias para preservarlo tanto para nosotros como para las generaciones futuras, y, por el otro, el derecho *del* ambiente, que refiere a la rama del derecho que se ocupa concretamente de su estudio y del de las herramientas con que cuenta para su defensa. Entre las normas específicas más salientes del derecho al ambiente dictadas en el ámbito subconstitucional argentino, cabe mencionar a la Ley General del Ambiente, n° 25.675, que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (arts. 1 y 6); define los objetivos y principios de la política ambiental nacional (arts. 2 y 4); declara a la ley de orden público en todo el territorio de la Nación (art. 3); atribuye la competencia judicial a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas, correspondiendo la federal cuando se degraden o contaminen recursos ambientales interjurisdiccionales (art. 7); establece los instrumentos de la política y la gestión ambiental (arts. 8 a 22); crea el Sistema Federal Ambiental (arts. 23 y 24), y por último, se ocupa de las normas que rigen “los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva”, definiendo al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos” (art. 27 a 35, donde establece el régimen de responsabilidad, los casos de exención, la legitimación activa para la deducción de las acciones colectivas respectivas, así como reglas procesales específicas –medidas cautelares, aplicación del régimen de amparo, etc.–, sobre los cuales volveremos infra, y se crea el Fondo Federal Ambiental)⁶.

Desde luego, esta no es la única norma nacional relacionada con temas ambientales, pues las hay de las más variadas⁷, pero es la que reglamenta el art. 41 de

patrimonio cultural, de la misma manera que están los bienes antropológicos, arqueológicos, urbanísticos y arquitectónicos...”.

Por último, ya en el plano de la doctrina judicial, valga mencionar que el Superior Tribunal de Entre Ríos definió al ambiente como: “un conjunto interrelacionado de componentes de la naturaleza y de la cultura que dan fisonomía a la vida en el planeta, posibilitan la subsistencia de la civilización y aseguran la conservación del hombre y de los demás seres vivos como especies” (STJ Entre Ríos, Sala Penal, “Moro, Carlos E. y Otros c/ Municipalidad de Paraná”, L.L. 1997-A, p. 59 y ss.) y que para la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe: “El ambiente no es más sólo un patrimonio de valores estéticos que debe salvaguardarse sino que es, además, la sede de un activo y dinámico conjunto de fuerzas de las que, en la mayor parte, depende el desarrollo equilibrado del ciclo vital del hombre, ya que no es menester concebirlo como un instrumento de disfrute por los individuos mediante la utilización de los más variados valores que en él variadamente se manifiestan” (“Federación de Cooperativas Escolares –Dpto. Rosario– c/ Prov. Santa Fe”, 19/9/91, J.A., 1991-IV, p. 294).

⁶ Para un análisis más pormenorizado del funcionamiento de la ley y de la problemática de la interjurisdiccionalidad, ver a Daniel A. Sabsay y María E. Di Paola, *El federalismo y la nueva Ley General del Ambiente*, en *Anales de Legislación Argentina*, Boletín informativo, año 2002, n° 32, La Ley, Buenos Aires, ps. 47/54.

⁷ Por solo hacer un listado de las normas vinculadas con el ambiente dictadas por el Congreso y que llega hasta 2004, valga mencionar a las siguientes leyes: **25.975** (Modificación de los arts. 3° y 5° de la Ley 23.879 y su modificatoria); **25.831** (Régimen de libre acceso a la información pública ambiental); **25.841** (Aprobación un Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, suscripto en Asunción); **25.679** (Declaración de interés nacional la cría del ñandú petiso o choiqué y del choiqué cordillerano o suri en todo el territorio de la Nación); **25.675** (Ley General del Ambiente); **25.670** (Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de Pc Bs); **25.612** (Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios); **25.577** (Prohibición de la caza de cetáceos en todo el territorio nacional, comprendiendo este el mar territorial, la zona económica exclusiva y sus aguas interiores); **25.509** (Creación del derecho real de superficie forestal constituido a favor de terceros por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura); **25.463** (Declaración de monumento natural

la Constitución nacional, estableciendo el marco general de la política ambiental argentina. La trascendencia otorgada al ambiente tanto por la Constitución –que, como se dijo, crea un derecho intergeneracional al ambiente, pues su ejercicio está condicionado a la no afección de las generaciones futuras, de modo que en definitiva se debe tener en miras un “desarrollo sustentable”– como por las leyes y tratados ambientales referidos sin duda que nos permite aludir, como lo hace Häberle, a un “derecho constitucional ambiental”⁸, trascendencia que ha llevado incluso a diversos autores a discutir si, desde la reforma constitucional de 1994 estamos ante un nuevo

a la Panthera onca conocida como yaguareté, jaguar, tigare overo y onca pintada); **25.438** (Aprobación del Protocolo de Kyoto de la convención Marco de Naciones Unidas sobre cambio climático); **25.389** (Aprobación de las enmiendas al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono); **25.337** (Aprobación de una enmienda a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, adoptada en Bonn, República Federal de Alemania); **25.278** (Aprobación del Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional); **25.279** (Aprobación de la Convención conjunta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radiactivos); **25.260** (Aprobación del anexo V del protocolo al tratado antártico); **25.105** (Aprobación del Protocolo Adicional sobre Conservación y Desarrollo de los Recursos Ícticos en los Ríos Paraná y Paraguay entre la Argentina y Paraguay) **25.080** (Ley de inversiones para bosques cultivados); **25.048** (Aprobación de un Convenio sobre Conservación de los Recursos Ícticos en los Ríos Paraguay y Paraná con Paraguay); **25.052** (Prohibición de cazar orcas en territorio nacional); **25.022** (Aprobación del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares adoptado por la Asamblea General de Las Naciones Unidas en Nueva York); **24.922** (Régimen federal de pesca); **24.930** (Aprobación de un Acuerdo de Cooperación en materia ambiental suscrito con el Brasil); **24.898** (Información sobre intensidad de la radiación ultravioleta); **21.663** (Aprobación del convenio sobre la prevención y el control de los riesgos profesionales causados por las sustancias o agentes cancerígenos); **24.857** (Estabilidad fiscal para la actividad forestal); **24.836** (Aprobación del Convenio en Materia de Salud Fronteriza y su Protocolo Adicional suscritos con la República del Paraguay); **24.774** (Tratado sobre Medio Ambiente con Bolivia); **24.776** (Aprobación de la convención sobre seguridad nuclear adoptada en Viena el 20 de setiembre de 1994); **24.701** (Aprobación de la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación); **24.702** (Establecimiento de Diversas Especies como Monumentos Naturales); **24.708** (Aprobación del convenio de cooperación en el marco de la conferencia iberoamericana); **24.697** (Aprobación del Estatuto de la Comisión Binacional Administradora de la Cuenca Inferior del Río Pilcomayo); **24.639** (Aprobación del Acuerdo para el Aprovechamiento Múltiple de los Recursos de la Alta Cuenca del Río Bermejo y del Río Grande de Tarija, suscrito con Bolivia); **24.583** (Creación del Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento); **24.449** (Ley de Tránsito); **24.418** (Aprobación de una enmienda del Protocolo de Montreal relativo a sustancias que agotan la capa de ozono); **24.375** (Aprobación del Convenio sobre Diversidad Biológica); **24.292** (Aprobación del Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos); **24.295** (Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático); **24.216** (Protocolo al tratado antártico sobre protección del medio ambiente); **24.167** (Enmienda del protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono); **24.105** (Tratado con Chile sobre Medio Ambiente); **24.051** (Residuos Peligrosos); **20.645** (Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo); **20.248** (Contaminación Atmosférica); **19.282** (Adhesión al “Convenio para la Conservación de la Vicuña” entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Bolivia); **18.590** (Tratado de la Cuenca del Plata); **17.622** (Creación del Instituto Nacional de Estadísticas y Censo); **15.802** (Tratado Antártico); **13.273** (Ley de Promoción Forestal); **24.040** (Control de fabricación y comercialización de sustancias agotadoras de la capa de ozono); **23.918** (Convención sobre la Conservación de las especies migratorias de animales silvestres); **23.919** (Convenio relativo a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas); **23.922** (Aprobación convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, suscrito en Basilea, Suiza); **23.879** (Impacto ambiental de obras hidráulicas con aprovechamiento energético); **23.829** (Convenio de cooperación relativo a incidentes de contaminación del medio acuático producido por hidrocarburos); **23.778** (Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono suscrito el 16-9-87); **23.724** (Protección ambiental. Convenio de Viena para protección de la capa de ozono: aprobación); **23.582** (Convenio para la conservación y manejo de la vicuña); **23.340** (Tratado sobre proscripción de ensayos con armas nucleares en la atmósfera); **23.094** (Declaración de monumento natural a la Ballena Franca Austral); **20.961** (Prohibición de la caza del ñandú y del guanaco); **21.836** (Aprobación de Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial y Natural); **21.947** (Convenio sobre prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias); **22.344** (Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre); **22.421** (Protección y Conservación de la fauna silvestre); **22.428** (Conservación y Recuperación de la Capacidad Productiva de los suelos), y **22.584** (Convención sobre conservación de los recursos marinos vivos antárticos).

⁸ Peter Häberle, La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo, en “Revista española de Derecho Constitucional, 1998, año 18, nº 54, p. 29.

“Estado ecológico de Derecho” (Quiroga Lavié) o si ingresamos en una suerte de “Ecologismo antropocéntrico” (Álvarez Álvarez)⁹.

1.2. Derechos e intereses colectivos, sectoriales, grupales y difusos

Explica con claridad Ferrer Mac Gregor que con la aparición de los derechos de tercera generación se han aceptado, sin mayores cuestionamientos, nuevos derechos autónomos, e incluso se lo ha hecho con los que se encuentran en fase de formación, pero esa aceptación no ha sido simétrica en el plano de su protección jurisdiccional, a punto tal que el acceso a la justicia de los derechos e intereses supraindividuales se convirtió en uno de los temas predilectos del procesalismo científico contemporáneo a partir de las teorías de Mauro Cappelletti sobre las formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil que trató en una famosa conferencia que dictó en París en 1975. Y es que –continúa el autor– “la problemática comienza desde que no hay homogeneidad ni univocidad en la terminología que se utiliza para su identificación, lo que deriva en imprecisiones conceptuales importantes. Se utilizan indistintamente los sustantivos «derechos» o «intereses» para los adjetivos: colectivos, difusos, sociales, de grupo, de clase, de serie, de sector, de categoría, de incidencia colectiva, dispersos, propagados, difundidos, profesionales, fragmentarios, sin estructura, sin dueño, anónimos, transpersonales, supraindividuales, superindividuales, metaindividuales, transindividuales, etc.

“El problema de vocabulario se agudiza aun más, si se agregan aquellos derechos auténticamente individuales que por conveniencia práctica se ejercen de manera colectiva, es decir, los llamados derechos: accidentalmente colectivos, individuales homogéneos, individuales plurales, plurisubjetivos, pluriindividuales, etc., que tienen como característica ser divisibles y provenir de una causa común.

“Además, no existe una precisión conceptual para cada uno de los vocablos y varía de país a país. En algunos se engloban en una misma connotación a los derechos difusos y colectivos (Argentina y Colombia), mientras que en otros la propia legislación prevé la distinción (Brasil y Portugal). Incluso en Colombia para referirse a los derechos individuales con proyección colectiva (los individuales homogéneos) se utiliza la expresión «intereses de grupo», terminología que en otros países se emplea para identificar a los estrictamente difusos y colectivos.

“Ante esta telaraña terminológica y conceptual, no sin razón Fairén Guillén sostiene que estos intereses o derechos representan un concepto todavía nuevo, incierto y poco unívoco a tal extremo que se han calificado, de manera sarcástica, como intereses difusos profusos y confusos o como un personaje absolutamente misterioso...

“Si bien para algunos autores existen diferencias ontológicas entre el derecho subjetivo y el interés legítimo y la doctrina (especialmente la italiana) ha elaborado múltiples teorías y discutido ampliamente sobre sus diferencias, lo cierto es que en algunos países carece de sentido la polémica, al momento en que los intereses son reconocidos constitucionalmente. En efecto, una vez que los «intereses» son amparados por el ordenamiento jurídico, asumen el mismo status de un «derecho»,

⁹ Fernando D. Álvarez Álvarez, *La tutela del medio ambiente en el sistema constitucional argentino*, en *Díkaion*, Revista de fundamentación y actualidad jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, Colombia, 2002, año 16, nº 11, p- 8 y ss.)

desapareciendo cualquier razón práctica o teórica para diferenciarlos, como lo ha sostenido la doctrina brasileña. Incluso se habla de un derecho subjetivo colectivo...¹⁰

El complicado panorama, claramente pintado por el autor, nos impide siquiera ingresar en un debate que lleva ya insumidos ríos de tinta y que nos desviaría del objetivo de este trabajo, pero podríamos aceptar al solo fin ilustrativo la siguiente simplificación, entendiendo por:

a) Derechos “colectivos”, a secas (aunque en realidad referiríamos a los “derechos de incidencia colectiva en general” a los que alude el art. 43, segundo párrafo, de la Constitución argentina, y nos acercáramos a la categoría de “intereses difusos” a los que alude la “ley 10.000” de la provincia de Santa Fe¹¹), a aquellos que corresponden a la sociedad en su conjunto sin distinción de grupos, y que son generadores de una titularidad (idéntica, inescindible y difusa) entre sus miembros, a quienes la violación del derecho los afecta inevitablemente, pese a que algunos de los integrantes de ese colectivo prioricen a esa afección sus intereses particulares (v.gr., la contaminación de un curso de agua que produce una industria afecta a sus dueños aunque sean ellos quienes contaminen, prefiriendo esa acción por anteponer sus intereses económicos). En este sentido, Gil Domínguez explica que para definir como “colectivo” a un bien jurídico, 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 colectivo pero que es susceptible de apropiación individual; c') un bien susceptible de apropiación exclusiva pero que convive en una situación de identidad fáctica que

¹⁰ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Porrúa, México, 2003, ps. XV a 13.

¹¹ La categoría “intereses difusos” alude concretamente a la presencia de una pluralidad indeterminada de individuos que titularizan ese “interés”, y que conforman un colectivo en el 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 “cuotas partes” ni derechos individuales, propios, exclusivos y excluyentes y la afección o satisfacción de uno provoca la de todos).

En definitiva –explica Capella–, la expresión “intereses difusos” refiere a que “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.... 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, etc...

“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 públicas, 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 públicas... 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... 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 participen 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» (José Luis Capella, *Intereses difusos. Ley 10.000*, Gráfica Esfinge, Rosario, 1995, ps. 27/9).

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 constitucional¹².

b) Derechos “grupales” a aquellos que si bien son colectivos por pertenecer precisamente a un colectivo de personas, no tienen aquella incidencia en general, sino que alcanzan a una porción limitada de una sociedad determinada, sean sus integrantes individualizables previamente con alguna precisión (v.gr., mujeres, estudiantes universitarios, jubilados), o no (v.gr., católicos, surfistas). Dentro de esta categoría, también podría aludirse a los derechos “sectoriales” cuando su titularidad corresponde a grupos que se encuentran nucleados de algún modo más o menos orgánico (p.ej., abogados, agricultores, etc.).

Aplicando estos conceptos al derecho al ambiente, surge evidente que nos encontramos ante un “interés difuso” en los términos de la ley 10.000 de la provincia de Santa Fe, y ante un derecho “de incidencia colectiva” en los de los arts. 41 y 43 de la Constitución argentina, que además lo es “en general”¹³. Y ello es así porque por más que una cuestión ambiental pueda aquejar en apariencia a un solo sector (v.gr., los habitantes de una región afectada por la contaminación de un lago), sus efectos alcanzan de algún modo a todos sin distinción de fronteras¹⁴.

A esta altura del relato nos parece oportuno alertar que no conviene llevar estas ya de por sí complejas disquisiciones teóricas a extremos, ya que en muchos casos sólo se contribuye a alimentar confusiones conceptuales generadoras de tecnicismos obstruccionistas que terminan perjudicando la vigencia y tutela del derecho en juego, en vez de aportar a soluciones para ello. En este sentido, señala Ferrer Mac Gregor que el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, siguiendo el Código brasileño de Defensa del Consumidor, equipara como sinónimos las expresiones “intereses” o “derechos” para referirse a las situaciones jurídicas difusas y colectivas, y aún cuando pueden advertirse diferencias entre unos y otros, cabe adherir a estas posturas para evitar caer en lucubraciones teóricas, siendo que lo esencial es la tutela jurisdiccional del fenómeno “de lo colectivo”. En definitiva –concluye el autor– “sean difusos o colectivos, lo esencial, como afirma Cappelletti es que nadie es titular y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son sus titulares”¹⁵.

Ahora bien: más allá de las elaboraciones doctrinales expresadas, en el caso argentino, la Corte nacional ha fijado recientemente posición en “Halabi”¹⁶, donde clasificó a los derechos en tres categorías:

¹² Andrés Gil Domínguez, *Los derechos de incidencia colectiva en general*, en la obra colectiva “La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático”, Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 234/5.

¹³ 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 segundo párrafo son “los derechos públicos de la sociedad”, esto es, los que refieren a “la sociedad como ente moral o colectivo” (*Diario de Sesiones*, p. 4122).

¹⁴ Se trata, en definitiva, del denominado “efecto mariposa”, concepto que se inserta dentro de la “teoría del caos” y que en definitiva pregona que dadas unas condiciones iniciales de un determinado sistema natural, la más mínima variación en ellas puede provocar que el sistema evolucione en formas totalmente diferentes, por lo que una pequeña perturbación inicial, mediante un proceso de amplificación, podrá provocar efectos considerablemente grandes, incluso con resultados diametralmente opuestos.

¹⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Porrúa, México, 2003, p. 14.

¹⁶ “Halabi, Ernesto c/ PEN - Ley 25873 Dto. 1563/04 - s/ amparo ley 16.986”, 24/2/09, S.C. H.270, L.XLII.

a) los individuales (que son defendidos por sus titulares, sin que ello cambie por la pluralidad de personas afectadas, que podrán en todo caso conformar un litisconsorcio activo o pasivo, y están cobijados por el primer párrafo del art. 43, que apunta a la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados);

b) los de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, pertenecientes a toda la comunidad, por lo que no admiten exclusión alguna, son indivisibles e individualmente inapropiables dado que no se está frente a derechos subjetivos sino a bienes sociales (que son defendidos por el afectado por la conducta lesiva, el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que concentran el interés colectivo a través del amparo colectivo del segundo párrafo del art. 43, sin perjuicio de que puedan afectarse simultáneamente derechos subjetivos, como en el caso del daño ambiental, que perjudica a todos pero también puede afectar particularmente, v.gr., el patrimonio de algunos), y

c) los de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, donde no hay un bien colectivo en juego sino la suma de derechos individuales enteramente divisibles, pero que por su trascendencia social y por las particulares características de los sectores afectados merecen una protección constitucional especial, como la brindada en los arts. 41, 42 y 43, segundo párrafo respecto de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones a los derechos al ambiente, a la competencia, de los usuarios, de los consumidores y de las personas discriminadas (que serían defendidos –ya que la Corte no lo precisa– por los mismos sujetos que pueden accionar en defensa de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos, a través de las aún no legalmente reguladas “acciones de clase”).

Con respecto a esta última categoría, la Corte precisa que en tales casos hay una homogeneidad fáctica y normativa tal que torna razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la sentencia (salvo en lo que hace a la prueba del daño individual y diferenciado de cada uno de los afectados). Hay un hecho, único o continuado, común a todos los titulares, que lesiona sus derechos, donde existe un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados, y el ejercicio individual no aparece plenamente justificado¹⁷.

¹⁷ En las propias palabras de la Corte, volcadas en su considerando 13: “la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

“El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

“El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

“Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte

2. La protección del ambiente en el ámbito judicial

Como se manifestó *supra*, la facilidad con que se han acogido los derechos de tercera generación contrasta con las dificultades que se presentan a la hora de su defensa judicial y con la extrema lentitud con la cual esos problemas se van resolviendo. Lamentablemente, la generosa ampliación de la legitimación activa operada por el derecho de fondo contrasta con la lenta, defectuosa y mezquina regulación procesal de los cauces aptos para canalizarla.

En tren de desentrañar las diversas vías disponibles para Nos ocuparemos primeramente de describir sus problemas centrales más comunes y luego abordaremos los medios judiciales disponibles para la tutela del ambiente en el ámbito nacional en general y en el de la provincia de Santa Fe en particular.

2.1. Problemas comunes

Los procesos colectivos de tutela presentan una serie de dificultades propias que toda regulación seria que se haga de éstos debe afrontar y definir claramente. En concreto, debe atenderse primordialmente –entre otros problemas– a:

a) el grado de apertura con que se reconoce legitimación activa para postular procesalmente (lo que implica definir quiénes estarán habilitados a deducir las acciones colectivas, como v.gr., lo hace el art. 43, 2º párrafo, de la Constitución argentina¹⁸; el art. 30 de la Ley General del Ambiente¹⁹ y el art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor²⁰

b) la forma en que se garantiza el debido proceso frente a esa participación plural a veces excesivamente numerosa en el litigio (lo que obliga a definir cómo y por quiénes estarán representados en el proceso todos los interesados en el resultado del pleito²¹);

interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.”

¹⁸ El art. 43 de la Constitución argentina faculta al afectado, al Defensor del Pueblo y a las organizaciones que propendan a los fines cuya tutela se pretende ejercer, organizadas conforme a la ley.

¹⁹ El art. 30 de la ley 25.675 expresa 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, y el Estado nacional, provincial o municipal, habilitando asimismo para interponer la acción de recomposición o de indemnización a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Agrega la norma 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 ni a que solicite, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

²⁰ El art. 52 de la ley 24.240, reformada por la ley 26.361 establece que ostentan legitimación activa para iniciar las acciones derivadas de la ley: a) el consumidor y usuario cuyos intereses resulten afectados o amenazados (es decir, “el afectado”, en los términos del art. 43 constitucional); b) las asociaciones de consumidores o usuarios que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor y sean autorizadas por la autoridad de aplicación para funcionar como tales, cumpliendo los requisitos del art. 57 de la ley; c) la autoridad de aplicación nacional o local, d) el Defensor del Pueblo, y e) el Ministerio Público Fiscal, como fiscal de la ley, siempre que no intervenga en el proceso como parte.

²¹ Esta problemática fue abordada apenas de operada la reforma constitucional argentina de 1994 por Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 319; Humberto Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, y Alberto B. Bianchi, *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, y *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Ábaco, Buenos Aires, 2001.

c) los presupuestos que habilitan la adopción de medidas cautelares eficaces²², y

d) la determinación de los alcances de la cosa juzgada en los procesos donde se ventilan derechos de este tipo (como lo hacen la ley de defensa del consumidor –art. 54, párrafo segundo– y la ley general del ambiente –art. 33, in fine, de la ley 25.675²³–), lo que de algún modo también se vincula con la posibilidad de representación en el proceso de todos aquellos a quienes habrá de afectar la decisión)²⁴.

2.2. Diversas vías protectivas en el derecho argentino en general y en la provincia de Santa Fe en particular

El derecho argentino exhibe diferentes –y todavía insuficientes– vías judiciales de tutela de los derechos colectivos en general y del ambiente particular que provienen de diversas fuentes, de las cuales nos referiremos a continuación específicamente a las provenientes del derecho civil, del derecho procesal, del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional. Todas ellas, como veremos, resultan de aplicación en todo el territorio de la República, a excepción de: a) las provenientes del derecho procesal, que dependerán del grado de reconocimiento que ostenten en los estados federados y b) el recurso contencioso administrativo sumario previsto por la ley 10.000 de la provincia de Santa Fe, que obviamente resulta solamente aplicable en el ámbito local.

Nos referiremos a todas ellas a continuación, separadamente.

2.2.1. Las vías previstas por el Derecho Civil y el Derecho Ambiental

El Código Civil nos allega al menos tres tipos de acciones que pueden ser útiles para vehiculizar derechos de incidencia colectiva, las acciones genéricas de reparación; la histórica acción negatoria y la más reciente acción de daño temido.

²² En este sentido, el art. 32 de la Ley General del ambiente dispone: que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse, y que el juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

²³ En este sentido, el art. 54 de la ley de defensa del consumidor expresa: “la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”. De un modo semejante, el art. 33, in fine, de la ley 25.675 dispone que “la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”

²⁴ En el caso de los derechos colectivos, excepcionalmente pueden encontrarse contrastes de matices en cuanto al modo de protección (v.gr., el criterio con que se realizará una intervención en un edificio con valor histórico o patrimonial; la forma en que se procederá a reparar el daño ambiental) pero cuando se trata de los derechos grupales o sectoriales, siempre existe la posibilidad de conflicto –no pocas veces frontal e irreductible– entre los derechos de unos y otros grupos o sectores de la sociedad, e inclusive entre los miembros del mismo grupo o sector, cuyo posicionamiento respecto del problema los subdivide en uno o más sub-grupos o sub-sectores, 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–).

En este sentido, valga recordar lo ocurrido cuando en 1996 se fuera a difundir en sistemas de televisión por cable la película “La última tentación de Cristo” y una asociación de estudiantes católicos logró judicialmente, por vía cautelar, la prohibición de la proyección del film. La medida fue rechazada por otros grupos de católicos que se basaron en la decisión del Arzobispado de Buenos Aires, que dejó librado al criterio de cada fiel el ver o no la película. De este modo, la medida cautelar dispuesta afectó tanto a católicos como a no católicos, lo que dejó al desnudo los problemas que acarrearán los efectos expansivos de la cosa juzgada a falta de solución legal expresa (Sobre este último aspecto, ver “La Nación”, diarios de los días 3, 8, 15 y 19 de setiembre de 1996, y a Néstor P. Sagüés, *Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo*, en Maximiliano Toricelli y otros, “El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades”, Depalma, 1999, p. 22 y ss.).

2.2.1.1. La acción resarcitoria

El Código Civil está plagado de normas que reglamentan el “derecho humano a la reparación”²⁵, el que según la propia definición de la Corte argentina está regido por el “principio constitucional de la reparación integral”²⁶, y que procede respecto de toda persona²⁷ que ha sufrido un daño²⁸ injusto²⁹, conectado causalmente³⁰ con la conducta³¹ o con el factor objetivo que le atribuya el resultado dañoso sobre sus derechos o intereses legítimos.

Si bien determinar todos los supuestos en que el deber de responder podría tener cabida en materia ambiental excede los motivos de este trabajo, cabe mínimamente apuntar que aún cuando en principio no corresponde a la Constitución definir a si los factores de atribución deben ser subjetivos u objetivos, en algunos casos lo ha hecho, como ocurre precisamente con el art. 41, donde pareciera crear uno objetivo, delegando correctamente en la legislación inferior la delimitación de sus contornos, cuando expresa que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. En sintonía con –y en reglamentación de– esta regla, la Ley General del Ambiente consagra:

a) en su art. 4, el “Principio de responsabilidad”, según el cual el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan;

b) en el art. 22, la obligación de toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, de contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; autorizándola a integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación;

c) en el art. 27: c’) que las normas contenidas entre los arts.27 a 33 (integrantes del Capítulo “Daño ambiental”), regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva, y c’) que se entiende por el daño ambiental a “toda alteración relevante que modifique

²⁵ Ver los recientes trabajos de Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, t. II, donde lo reconoce como derecho implícito, citando un trabajo nuestro, y de Néstor P. Sagüés, *Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación*, Rosario, 1997, inédito.

²⁶ CSJN, “P.F.F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos” 24/8/95, “L.L.” 18/10/95, p. 5.

²⁷ No es necesario que esté previsto expresa ni implícitamente en la Constitución, porque, en definitiva, todo derecho o interés legítimo aunque no provenga directamente de la Ley Fundamental, siempre encuentra su hontanar, aun remoto, en algún derecho reconocido explícita o implícitamente en ella.

²⁸ Por dañosidad se entiende todo menoscabo de los derechos subjetivos o intereses legítimos de una persona. No se incluye el presupuesto de la antijuridicidad -que para algunos autores se encontraría en crisis-, el cual, para la mayoría de la doctrina privatista, se evidencia al contrariar la conducta humana lo dispuesto por el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, pues se trata de un presupuesto que la Constitución no requiere (v.gr., el acto de expropiación no es antijurídico).

²⁹ Por daño injusto se entiende a todo aquel que el sujeto activo no deba tener la carga de soportarlo (v.gr., por haber determinado su causación a través de sus conductas).

³⁰ Si bien no correspondería a la Constitución expedirse acerca de si corresponde la aplicación, v.gr., de la teoría de la causalidad adecuada, o la de la equivalencia de las condiciones, el principio constitucional de razonabilidad puede aportar bastante para discernir cuándo el legislador -o en el caso concreto, el juez- se ha excedido en la admisión de la existencia de un nexo de causalidad (v.gr., un daño provocado por una causa remota).

³¹ El término conducta, como tal, debe entenderse en sentido amplio, es decir, abarcativa de acciones y omisiones.

negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.”

d) en el art. 28, que quien cause el daño ambiental, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder, será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción; que en el caso de que ello no sea técnicamente factible, deberá abonar la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, la que deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental.

e) en el art. 29, que: e’) el autor del daño podrá eximirse de responsabilidad acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, y e’’) la responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa (la última parte del artículo, que presumía iuris tantum la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existieran infracciones a las normas ambientales administrativas, fue observado por el Poder Ejecutivo).

f) en el art. 30, la legitimación activa para reclamar por el daño ambiental de: f’) el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental y los Estados nacional, provincial y municipal para obtener la recomposición del ambiente dañado; y f’’) la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción para ejercer la acción de recomposición o de indemnización pertinente;

g) en el art. 31, la responsabilidad: g’) de las personas físicas que hubieran participado del daño ambiental colectivo, que será solidaria “ante la sociedad”, sin perjuicio de establecer, cuando fuere posible, la medida de la responsabilidad de cada uno de los responsables, a los efectos del ejercicio del derecho de repetición entre sí, y g’’) de las personas jurídicas y de sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

2.2.1.2. La acción negatoria

Entre los arts. 2800 y 2806, el Código Civil regula la acción negatoria, definiéndola como aquella que compete a los poseedores de inmuebles y a los acreedores hipotecarios a quienes se les impidiese la libertad del ejercicio de los derechos, a fin de que esa libertad sea restablecida. Se prevé también contra “cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida.”

El objeto accesorio de la acción debe ser el de: a) privar al demandado de todo ulterior ejercicio de un derecho real; b) la reparación de los perjuicios que su ejercicio anterior le hubiese causado; c) obligar al demandado a asegurar su abstención por una fianza, y d) reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real.

Para que la acción proceda, al demandante le basta probar su derecho de poseer o su derecho de hipoteca, sin necesidad de probar que el inmueble no está sujeto a la servidumbre que se le quiere imponer.

La regla, aparentemente ajena a la problemática ambiental, puede brindar protección eficaz a los derechos ambientales, pues como lo explica Bosco: “Ejercitando esta acción puede solicitarse en primer lugar la *cesación*, es decir que se hagan cesar o paraliquen 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.»³²

2.2.1.3. La acción “de daño temido”, “de obra vieja” o “ruinosa”

El art. 2499, 2º párrafo, del Código Civil (incorporado por la ley 17.711) prevé la “acción de daño temido”³³, 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 pertinentes³⁴.

Si bien a simple vista la norma pareciera ajena a los derechos colectivos, puede tener al menos dos vinculaciones con el derecho al ambiente, pues sirve para:

- a) lograr la preservación del patrimonio cultural (v.gr., un edificio o monumento histórico que puede corre peligro de destrucción), y
- b) prevenir el 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 ambiental³⁵.

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

³² Carlos Luis Bosco, *Protección jurídica del medio ambiente*, “D. y E.”, junio 2001, n° 11, ps. 61/2, con cita de Jorge Bustamante Alsina, *Derecho ambiental. Fundamentación y normativa*, Abeledo Perrot, p. 146.

³³ La acción también es denominada “interdicto de obra vieja” o “ruinosa” en la legislación española y en nuestra ley 50.

³⁴ Art. 2499.- (...) “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”.

³⁵ *El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental*, J.A. 1993-IV-808, cit. por Carlos Luis Bosco, *Protección jurídica del medio ambiente*, “D. y E.”, junio 2001, n° 11, ps. 51 a 81.

que alude el art. 2499 y dentro del proceso que deberá tener como objetivo final la destrucción de lo hecho y será tramitado por vía sumaria³⁶.

Legitimado activo sería el “afectado” a que alude el art. 43 de la Constitución Nacional³⁷, 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 mismo³⁸.

2.2.2. Las “nuevas vías” provenientes del derecho procesal

Aún cuando en definitiva todas las acciones, sin importar de qué rama del derecho provengan, encontrarán en el derecho procesal distintas vías para ser canalizadas adecuadamente (procesos ordinarios, sumarios, sumarísimos, cautelares, vías incidentales, etc.), y también hay otras vías también procesales para remediar las situaciones en que es preciso recurrir a la tutela urgente (el amparo, el habeas data, el habeas corpus, las acciones de cumplimiento y las medidas cautelares en general, que se instrumentan en procedimientos abreviados enderezados a obtener una tutela judicial pronta y efectiva de los derechos), el derecho procesal ha generado recientemente otras –que incluso todavía no han sido universalmente aceptadas y aún continúan delineando sus contornos– que son ciertamente aptas para la tutela de derechos de incidencia colectiva en general y del ambiente en particular. Tal el caso de las medidas autosatisfactivas, de los procesos de urgencia; de las acciones en interés público; de las acciones de clase y de las *relators actions*, vías a las que nos referiremos a continuación.

2.2.2.1. Las medidas autosatisfactivas

Indica con acierto Cava que 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”³⁹, 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

³⁶ Art. 2500.- “La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho.

Art. 2501.- “Las acciones posesorias serán juzgadas sumariamente y en la forma que prescriban las leyes de los procedimientos judiciales.”

³⁷ 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 (Carlos Luis Bosco, *Protección jurídica del medio ambiente*, “D. y E.”, junio 2001, n° 11, ps. 51 a 81).

³⁸ Marina Mariani de Vidal, *Curso de Derechos Reales*, Tomo I, p. 231.

³⁹ Claudia A. Cava, *Medida autosatisfactiva y amparo*, en “Medidas autosatisfactivas”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 580.

en buena parte de América Latina— que no son en rigor 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 habeas 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, sin que sea menester a tal efecto que éste incoe proceso principal alguno. Las medidas autosatisfactivas se encuentran así en paralelo con las cautelares ortodoxas⁴⁰.

Las medidas autosatisfactivas tendrían andamiaje en el plano de los derechos de incidencia colectiva en múltiples situaciones, y especialmente en materia ambiental, cuando el daño estuviera en ciernes o cuando se desee hacerlo cesar⁴¹.

2.2.2.2. El proceso urgente autónomo

Expresa Andorno⁴² que sería factible recurrir al “proceso urgente” (no cautelar) de naturaleza autónoma —similar a la acción inhibitoria del derecho italiano— en tutela del ambiente y a fin de impedir las llamadas inmisiones, con base en lo dispuesto por el art. 2618 del Código Civil⁴³, donde el afectado podrá reclamar la cesación de tales molestias, sin perjuicio de la eventual demanda por los daños y perjuicios sufridos.

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 contracautela⁴⁴.

Esta vía sería entonces claramente útil 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

⁴⁰ Jorge W. Peyrano, *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, en la obra colectiva “Medidas autosatisfactivas”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 13/8.

⁴¹ Carlos Luis Bosco, *Protección jurídica del medio ambiente*, “D. y E.”, junio 2001, n° 11, p. 62.

⁴² Luis Andorno, “J.A.”, n° 7, junio de 1995.

⁴³ Art. 2618. “Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas.

“Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias.

“En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso.

“El juicio tramitará sumariamente”.

⁴⁴ Jorge W. Peyrano, cit. por Luis Andorno, “J.A.”, n° 7, junio de 1995.

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.”⁴⁵

2.2.2.3. Las acciones populares o en interés público; las acciones de clase o de grupo y las *relators actions*.

Las “acciones de clase” (*class actions*, en inglés) o de grupo (como se las denomina en Colombia) y las acciones populares o en interés público (*public interest action*) constituyen herramientas provistas por el derecho procesal general que resultan de suma utilidad para atender a la resolución de causas en las que están involucradas legitimaciones activas o pasivas a gran escala. La incorporación de este tipo de acciones responde, por un lado, a propender, por un lado, a la economía jurisdiccional frente a la posibilidad de que por una misma causa se inicien gran cantidad de pleitos y se congestione la actividad tribunalicia, evitando así el fenómeno de las “muchedumbres en los tribunales”, y por el otro, a otorgar la más amplia participación posible en los asuntos de gran impacto social. Como resulta casi obvio remarcar –y como veremos–, en este tipo de acciones se establecen mecanismos que las ralentizan y encarecen notoriamente respecto de las demás, por lo que debe tenerse presente que, también en miras al principio de economía jurisdiccional, si para resolver el litigio es factible articular un litisconsorcio, debe resolverse a través de éste.

Este tipo de acciones provienen fundamentalmente del derecho anglosajón – donde las acciones colectivas tienen reconocimiento normativo desde las reglas de las cortes inglesas en el siglo XVII⁴⁶ y de las Cortes Federales de Equidad norteamericanas⁴⁷, que fueron replicadas, con variables, en los estados federados⁴⁸ –, y

⁴⁵ Indica además el autor que “Igual remedio procesal es aconsejado por Mario Valls (*Derecho Ambiental*, p. 77/8) en resguardo del medio ambiente. Valls sostiene además 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.

“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 Marina Mariani de Vidal, *Curso de Derechos Reales*, Tomo 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 aquella lleva necesariamente la condición implícita de no causar perjuicio a terceros» (Salas y Trigo Represas, *Código Civil Anotado*, Tomo 2, p. 687).” (Carlos Luis Bosco, *Protección jurídica del medio ambiente*, “D. y E.”, junio 2001, n° 11, ps. 61).

⁴⁶ Las *class actions* se originan en el bill of peace de la Court of Chancery, que permitía a una sola persona reclamar en representación de todos los que tuvieran pequeños reclamos caracterizados por un mismo interés (así, el derecho invocado debía poder ser controvertido por varias personas, en diferentes momentos y a través de diferentes acciones). Para que procediera el bill of peace y se requería que el actor demostrara que fuera imposible o impracticable un litisconsorcio y que las partes específicamente designadas podían representar adecuadamente los intereses de los no presentados.

⁴⁷ Las reglas de los Tribunales de Equidad fueron incorporadas al derecho positivo federal en 1842 a través de la Regla 48 de Equidad Federal (Federal Equity Rules) que estuvo vigente hasta 1912 cuando fue reemplazada por la Regla 38 que rigió hasta 1938, cuando fuera dictada la Regla 23, la que, con modificaciones, rige actualmente.

⁴⁸ Los estados adoptaron, en líneas generales las siguientes posiciones. La mayoría adoptó la Regla 23 en su versión de 1966 (Alabama, Alaska, Florida, Idaho); otros mantuvieron la vieja Regla 23 de 1938 (v. gr. Michigan, Virginia); otro grupo revisó recientemente sus reglas de procedimientos a la luz de la jurisprudencia de los tribunales federales (New York, North Dakota, New Mexico, Massachusetts, Rhode Island), y finalmente California posee un sistema particular establecido en la sección 382 del Código Procesal Civil.

en el derecho argentino no han sido aún reguladas legalmente de manera explícita y orgánica. Sólo algunos de sus elementos fueron incorporados en el plano federal en la Ley General del Ambiente y en la ley de Defensa del Consumidor, y obtuvieron reconocimiento pretoriano de la Corte argentina en el marco de un amparo interpuesto por un particular por sí y en representación de los demás integrantes de su clase (“usuarios del servicio de telecomunicaciones”), en el cual se otorgó efectos *erga omnes* al pronunciamiento⁴⁹.

Tal reciente reconocimiento amerita un mínimo tratamiento de ellas, que obviamente será superficial y requiere ser complementado con obras específicas para una mejor comprensión de su funcionamiento⁵⁰. En tal empresa, recurriremos al derecho extranjero, en especial al estadounidense –directamente referido por la Corte argentina al admitir pretorianamente la primera acción de clase–.

Al respecto, indica Quiroga Lavié que en los Estados Unidos existen diversos tipos de acciones colectivas entre las que aparecen primeramente las denominadas acciones populares o acciones en interés público, y las acciones de clase. Ambos tipos de acciones se distinguen esencialmente por cuanto las acciones populares están reconocidas en protección de intereses generales de la población (v.gr., las dirigidas a evitar la contaminación ambiental), y las acciones de clase tienden a proteger intereses individuales de sectores específicos de la población (p. ej., 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 suficiente entidad como para poder invocarlo en juicio. Ése 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”⁵¹.

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 grupos⁵².

⁴⁹ Halabi, Ernesto c/ PEN - Ley 25873 Dto. 1563/04 - s/ amparo ley 16.986”, 24/2/09, S.C. H.270, L.XLII.

⁵⁰ Para un análisis más exhaustivo recomendamos las obras de Alberto B. Bianchi, *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, y *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Ábaco, Buenos Aires, 2001.

⁵¹ Humberto Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, ps. 110 y 111.

⁵² 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.

En cuanto a las acciones de clase, entre las diversas normas que pueden revistarse en el derecho estadounidense –cabe recordar que hay regulaciones federales y también en cada uno de los estados federados– la que más utilidad puede representar a los fines de aportar soluciones a la problemática verificada en nuestro derecho es la Regla 23 de Procedimiento Civil para los Tribunales Federales (dictada en 1938, y sustitutiva de la anterior, sancionada en 1842)., que regula, conforme lo explica Bianchi, tres categorías de acciones de clase no excluyentes entre sí (ya que una acción de clase puede ser encuadrada dentro de más de una de ellas) que responden a la siguiente tipología:

a) La acción “anti-perjuicio” –contemplada en 23.b.1)–, que procede cuando existe el riesgo de que: 1) la iniciación de acciones independientes pueda provocar el dictado de sentencias contradictorias o diferentes con respecto a los miembros individuales de la clase que genere estándares incompatibles de conducta para la contraparte de la clase, o 2) se dicten sentencias con respecto a los miembros individuales de la clase que, en la práctica, decidan sobre los intereses de los otros miembros que no hayan sido parte, vulnerándoles o impidiéndoles así la protección de sus intereses⁵³.

b) La segunda categoría –prevista en 23.b.2) – se da cuando: 1) la contraparte de la clase ha actuado o se ha negado a actuar sobre bases generalmente aplicables a la clase, y 2) los representantes de la clase intentan en consecuencia la obtención de órdenes o prohibiciones (*final injunctive relief*) adecuadas, o medidas declarativas (*declaratory relief*) con relación a la clase en su conjunto. Se trata de una categoría empleada usualmente en litigios que involucran la defensa de derechos constitucionales⁵⁴.

c) La tercera categoría –contemplada en 23.b.3)– es la más controvertida de todas., y se la denomina “de las cuestiones comunes” o “de los daños”, para cuya procedencia se requiere: 1) la existencia de cuestiones de hecho o de derecho que sean comunes a todos los miembros de la clase; 2) que el procedimiento de la acción de clase resulte más idóneo o efectivo que las restantes vías procesales para resolver la controversia y 3) que una vez iniciada la acción se notifique de ella a todos los posibles miembros de la clase en orden a darles la oportunidad de excluirse si así lo desean.

La regla establece que antes de viabilizarse la tramitación de una acción de este tipo deben cumplirse una serie de prerequisites –valorados por el juez con un amplio margen de discreción–. En concreto, para que una persona pueda demandar o ser demandado por esta vía, cabe acreditar primeramente que: a) existe una clase

“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 [...]” (Humberto Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, ps. 113 y 114).

⁵³ Esta regla puede ser invocada, por ejemplo cuando se intenta obtener un reembolso de un fondo limitado, de modo tal que la presentación de acciones individuales pueda redundar en un inequitativo reparto del mismo, o bien en el agotamiento del fondo antes de que todos los acreedores hayan podido plantear sus demandas.

⁵⁴ Esta regla ha sido usada, por ejemplo, cuando se ha negado el suministro de viviendas públicas sin respetar el debido proceso, o bien cuando se ha denunciado el tratamiento médico en un penal como violatorio de las Enmiendas octava y decimocuarta; aun cuando ha sido empleada también en otros asuntos no referidos a derechos constitucionales, tal por ejemplo una acción contra la discontinuidad de ciertos beneficios sociales para discapacitados, en casos ambientales e incluso en una acción para convertir debentures en acciones ordinarias.

identificable⁵⁵; b) quien o quienes pretenden ejercer la acción son miembros de la clase⁵⁶; c) la clase es tan numerosa que la actuación conjunta de todos los miembros a través de un litisconsorcio es impracticable (aunque el número en sí de los miembros de la clase no constituye un factor determinante⁵⁷); d) existen cuestiones de derecho o de hecho comunes a todos los miembros de la clase⁵⁸; e) las pretensiones o defensas de las partes son representativas de las pretensiones o defensas de la clase⁵⁹, y f) los representantes están en condiciones de proteger los intereses de la clase en forma justa y adecuada⁶⁰.

Una vez aceptada la tramitación de la acción, el tribunal podrá dictar medidas convenientes para: a) determinar el curso de los procedimientos o prescribir medidas de prevención de repeticiones indebidas o complicaciones en la producción de las pruebas o alegatos; b) requerir, con el fin de proteger a los miembros de la clase o para la adecuada tramitación de la acción, que se notifique de la manera en que lo establezca el tribunal a algunos o a todos los miembros de la clase acerca de cualquier trámite en el proceso, de los alcances propuestos de la sentencia, o de la oportunidad que tendrán los miembros para manifestar si consideran que la representación es justa y adecuada,

⁵⁵ Por ejemplo, en el célebre caso “Brown v. Board of Education” Linda Brown demandó en ejercicio de sus propios derechos y en representación de todos los demás escolares negros víctimas de la discriminación o segregación racial. Y en también célebre caso “Roe v. Wade”, la actora –cuyo nombre se disoció del caso– representó al sector de mujeres de baja condición económica que reclamaban por el derecho a abortar.

⁵⁶ Esto no significa que cada miembro de esa clase deba ser identificado o pueda ser identificable al comienzo del litigio, sino que los lineamientos generales de la clase sean delineados de manera tal que el tribunal pueda saber qué tipo de personas la componen. En caso de ser necesario, el juez puede ordenar reducirla, redefinirla o subdividirla.

⁵⁷ Juegan aquí también otros factores tales como: la naturaleza y complejidad de la acción; el monto individual de cada demanda; la distribución geográfica de los miembros de la clase; el carácter del derecho objeto del juicio y la dificultad para proveer datos de identidad confiables y actualizados de los miembros de la clase como consecuencia de sucesivos cambios en el estado civil, en el trabajo, o los producidos por causa de nacimientos o de muertes. En “Eisen v/ Carlisle & Jaquelin”, por ejemplo, se formó una clase con 6.000.000 de personas (479 Federal Reporter, 2nd Series 1.005, 2nd Circuit, 1973), y en “Philadelphia Electric Co. v/ Anaconda-American Brass Co.”, una con 25, justificando el tribunal la viabilización de la acción en que si bien 25 es un pequeño número, no lo es comparado con la unidad, y no se veía la necesidad de recargar el proceso judicial con 25 litigios si con uno solo es suficiente (43 Federal Rules Decisions 452, 463, 1968).

⁵⁸ La existencia de cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros de la clase no exige que todas las cuestiones sean comunes. Así, por ejemplo, se ha decidido que es posible para el dueño de una patente entablar una acción de clase contra todos aquellos que la hayan usado mal o bien han abusado de ella, aun cuando los incumplimientos difieran en cada uno de los demandados. También se ha admitido la acción de clase cuando se registra un patrón de conducta discriminatoria aun cuando ello haya afectado de diversas maneras a los miembros de la clase.

⁵⁹ Esto significa que los reclamos o defensas opuestos por los representantes de la clase sean típicos de sus miembros, o dicho en otras palabras, que no exista una marcada diferencia -ni menos aun antagonismo- entre lo planteado por el representante de la clase y sus representados. En este sentido, la Corte Suprema norteamericana sostuvo que no hay carácter típico en la demanda de un empleado contra su empleador acusado de discriminación por haberle denegado un ascenso, si se pretende fundar la existencia de la clase en la totalidad de las actividades de éste último, pues para la admisión de tal carácter típico debería haberse demostrado en todo caso la existencia de una modalidad o patrón discriminatorio empleado también en otras áreas, por ejemplo la contratación del personal.

⁶⁰ Lo que interesa a efectos de establecer una adecuada representación son las condiciones personales tanto de los representantes como de sus abogados.

En los representantes de la clase cuentan los motivos que los llevan a plantear la acción, el interés que poseen en su resultado, sus habilidades para proseguir la acción (incluido el respaldo económico para soportar los costos del litigio), y la ausencia de conflictos de intereses severos con otros miembros de la clase (en este sentido, en “Hansberry v/ Lee”, la Corte Suprema norteamericana decidió que los miembros de una clase que pretendía la anulación de un convenio sobre venta de lotes –considerado racialmente discriminatorio- no estaban obligados por una primera decisión adoptada en una acción de clase iniciada por uno de los adquirentes que pretendía dar validez al convenio, por cuanto la pretensión de aquellos era de anularlo, siendo evidente el conflicto irreductible de intereses entre ambos sectores, que no habían estado adecuadamente representados.

En los abogados se analiza cuál es su experiencia específica en el terreno del litigio planteado, la calidad de los escritos sometidos al Tribunal y la reputación que poseen en la comunidad. Los que inicialmente se propusieron pueden ser desechados, o bien permitirse la integración con otros, por disposición del tribunal o por pedido de otros integrantes de la clase que comparezcan en el juicio.

para intervenir y presentar reclamaciones o defensas o de otra manera sumarse a la acción; c) imponer condiciones a las partes representantes o a las partes intervinientes; d) requerir que las peticiones sean modificadas para evitar de allí en más las alegaciones acerca de la representación de ausentes, y hacer que la acción sea proseguida de conformidad con ello; y e) hacerse cargo de cuestiones procedimentales similares.

Las órdenes podrán dictarse en combinación con las que surgen de la Regla 16, las que podrán ser modificadas o enmendadas cuando fuere conveniente, y la acción no podrá desistirse o transarse sin la aprobación del tribunal y la notificación de estos actos a todos los miembros de la clase⁶¹.

Como regla general, la sentencia tendrá efectos vinculantes para todos miembros de la clase, hayan o no intervenido en el proceso –lo que implica excepcionar el principio inter partes y sacrificar un derecho individual ante una exigencia de carácter general; en este caso, la eficiencia judicial–, pero dado que lo que legalmente se exige de estas sentencias es que describan a los miembros de la clase manera tal que eso contribuya en el futuro a establecer a quiénes alcanzan los efectos de la sentencia, puede resultar en definitiva no ser aplicable a todos si esa descripción no es lo suficientemente clara. Incluso un integrante de la clase puede sostener que no está obligado por el pronunciamiento, pues para que lo alcance debe ser representativo de su clase y además haber sido debidamente notificado y representado; tenido la posibilidad de excluirse del litigio y de ser oído⁶².

Ahora bien: las acciones de clase, como se expresó, han sido admitidas por la Corte argentina en “Halabi”, en un amparo articulado por un particular en defensa de derechos constitucionales relativos a usuarios (en este caso, de los servicios de telecomunicaciones). En el caso, la Corte identificó la pretensión del actor como perteneciente a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos –entre los cuales comprendió a los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, y de los de sujetos discriminados–, y expresó que ellos eran defendibles a través de las acciones de clase.

Al referirse a éstas en general, indicó la Corte entre sus considerandos 12 y 13:

a) no hay en nuestro derecho una ley que reglamente su ejercicio efectivo, y en esto destaca la mora del legislador al respecto, afirmación que complementa luego en el considerando 15 al expresar que es irrelevante que la acción colectiva prefigurada en la referida cláusula constitucional no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva, pues ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela

⁶¹ Propuesto el acuerdo, el tribunal debe establecer si se ha alcanzado una solución que proteja debidamente los intereses en juego (especialmente los de los miembros ausentes, respecto de los cuales debe acreditarse que se los notificó debidamente); si la cantidad y entidad impugnaciones al acuerdo de los integrantes de la clase obstan la homologación del acuerdo (no se requiere unanimidad, y los acuerdos pueden incluir la posibilidad de que quienes no estén de acuerdo puedan continuar el litigio de forma individual); la posibilidad de que la clase resulte triunfante en el pleito; la complejidad de las cuestiones involucradas; el monto del acuerdo comparado con el del pleito; el costo de proseguir el litigio; el plan de distribución presentado con el acuerdo y las posibilidades de cumplirlo.

⁶² Alberto B. Bianchi, *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, y *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados, dado que, como ya expresó el Tribunal al respecto basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias.

b) la reglamentación legal es imperiosa pues en ella se debe determinar cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos; de todos modos atento a que es la primera oportunidad en la que se delinear los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y no existe una reglamentación al respecto, cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza;

c) la norma constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular⁶³;

d) la eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357), por lo que en la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige;

e) la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado⁶⁴. Sin perjuicio de lo expuesto, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su

⁶³ Expresa además la Corte que “donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, 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 (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)”.

⁶⁴ Sobre tales requisitos, la Corte expresa: “El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

“El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

“Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.”

trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados;

Y ya ingresando en la acción de clase instaurada por Halabi, la Corte expresó:

a) En el caso existe un hecho único –la normativa en cuestión– que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; la pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados, y hay una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma, con lo que se cumple el tercero de los elementos señalados en el considerando anterior.

b) hubo una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones –dentro de los que se encuentran los abogados por quienes específicamente además reclamaba el actor por afectarse simultáneamente su intimidad como persona y los privilegios de confidencialidad entre abogados y clientes– a las que se extenderán los efectos de la sentencia;

c) hubo una importante publicidad respecto de la audiencia celebrada, en la que participaron además, en apoyo de la pretensión del demandante, la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, quienes comparecieron previamente como *Amicus Curiae* para evitar “las nefastas consecuencias que para todos los habitantes de nuestro país y en particular para los abogados matriculados en nuestro colegio traería aparejada la subsistencia formal de las normas cuestionadas”, y

d) respecto de las normas atacadas por medio de la acción, la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encuentra firme y el decreto reglamentario 1563/04 ha sido suspendido en su vigencia.

Más adelante, en los considerandos 17 y 18, recomienda recurrir a la experiencia recogida por otros sistemas jurídicos para satisfacer la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional con una solución que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad. En concreto, se refirió expresamente a: 1) las acciones de clase estadounidenses⁶⁵; 2) la ley de enjuiciamiento civil española⁶⁶, y 3) el Código de Defensa del Consumidor brasileño⁶⁷.

⁶⁵ A ellas les dedica el considerando 17, en el que expresa que “en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del Bill of peace del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las class actions cuya definición conceptual quedó plasmada en las Federal Rules of Civil Procedure de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las Federal Rules de 1966. La Regla 23 (Equity Rule 23) de ese ordenamiento determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuando: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable, 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase, 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente. El juez debe admitir la pretensión deducida por parte de un representante de la clase, efectuando un adecuado control de su representatividad y de la existencia de una comunidad de intereses. La decisión que se adopta tiene efectos erga omnes.

“En el contexto de la citada disposición es posible distinguir tres tipos de acciones: la primera diseñada para los supuestos en que el ejercicio individual de las pretensiones mediante procesos individuales resulte perjudicial para el enjuiciado o para los miembros del colectivo por crear el riesgo de sentencias contradictorias o disímiles respecto de los sujetos individuales, que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo o que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes, o que sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses. El segundo tipo es aquél concerniente a los

Por último, y ya adentrándose al análisis del derecho argentino, en los considerandos 19 y 20 expresa:

a) la Corte ha advertido en otras ocasiones que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes;

b) al interpretar el art. 43 de la Constitución Nacional, en “Cels”, expresó que la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo strictu sensu sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como –en esa ocasión– el hábeas corpus colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (Fallos: 328:1146, considerandos 15 y 16);

c) dada la naturaleza de los derechos en juego en este caso, la calidad de los sujetos integrantes del colectivo y el principio de interpretación de las normas más allá de su letra y conforme a la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, un afectado, el Defensor del Pueblo y determinadas asociaciones pueden deducir, en los términos del segundo párrafo del art. 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (“Cels”, Fallos: 328:1146, considerando 17 y sus citas);

d) ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, es indispensable formular algunas precisiones a fin de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la “acción colectiva” delineada en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Así, la admisión formal de toda acción colectiva

supuestos en que la contraparte del grupo ha evidenciado una conducta positiva u omisiva por motivos vinculados a aquél, lo que torna apropiado una resolución condenatoria o declarativa que involucre a todo el conjunto. El tipo restante se presenta cuando el juez otorga primacía a los puntos fácticos o jurídicos comunes a los integrantes del grupo por sobre cualquier cuestión que afecte sólo a sus miembros individuales, de manera tal que la acción del colectivo es siempre superior a la acción individual.”

⁶⁶ Respecto de tal norma, expresa la Corte en su considerando 18: “Que cabe hacer presente, asimismo, la regulación vigente en España que, aunque circunscripta al ámbito de los consumidores y de los usuarios, presenta una singular solución para los problemas que generan la participación, la legitimación procesal y los alcances de las decisiones en las demandas de contenido colectivo. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (nº 1 del 7 de enero de 2000; BOE núm. 7, del 8 de enero de 2000, pág. 575-728, corrección de errores BOE núm. 90, del 14 de abril de 2000, pág. 15278 y BOE núm. 180, del 28 de julio de 2001, pág. 27746) reconoce la calidad de parte procesal ante los tribunales civiles a los “grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables”.

“El grupo podrá demandar en juicio cuando se constituya con la mayoría de los afectados (art. 6º, inc. 7º). En esas condiciones, la norma otorga legitimación para la tutela de los intereses colectivos no sólo a las asociaciones de consumidores y usuarios y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos sino, además, a los propios grupos de afectados (art. 11, inc. 2).”

⁶⁷ También en el considerando 18, la Corte expresa: “En referencia también a los derechos e intereses de los consumidores, el ordenamiento legal de Brasil prevé una acción civil colectiva de responsabilidad por daños individualmente sufridos cuya articulación puede ser ejercida en juicio en forma individual o a título colectivo. La normativa autoriza la defensa colectiva para los supuestos de intereses o derechos difusos transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circunstancias reales; los intereses o derechos colectivos transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; y los intereses o derechos individuales homogéneos, por los que se entienden los resultantes de origen común (arts. 81, 91 y ss. del Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, del 11 de septiembre de 1990).”

requiere la verificación de recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como: 1) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado; 2) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación; 3) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; 4) que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte; 5) la implementación de adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

Por último, en el considerando 21, la Corte analiza el cuestionamiento de la apelante respecto del carácter erga omnes de la decisión, remarcando que el fundamento de esa amplitud de los efectos de la decisión no se halla sólo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación, sino que el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente; en concreto se encuentran soluciones de la índole referida en las regulaciones especiales que instauran instrumentos de carácter colectivo para obtener reivindicaciones en materia de defensa a los usuarios y consumidores (art. 54, párrafo segundo, de la ley 24.240) y en lo atinente a daño ambiental (art. 33, in fine, de la ley 25.675)⁶⁸.

2.2.3. Las vías previstas en el derecho constitucional, en el derecho procesal constitucional, en el derecho ambiental y en el derecho del consumidor y del usuario.

Nuestro ordenamiento constitucional federal captó a los derechos grupales, sectoriales y colectivos a partir de su reforma de 1994, y se ocupó especialmente de ellos en los arts. 41 (derecho al ambiente); 42 (derechos del usuario y del consumidor) y 43, segundo párrafo (amparo colectivo en defensa de los derechos regulados en los arts. 41 y 42, de los afectados por actos discriminatorios y de los otros derechos considerados de incidencia colectiva en general).

El art. 41 constitucional: a) reconoce a todos los habitantes el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; b) carga a todos los habitantes con el deber de preservar el ambiente; c) expresa que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley; d) ordena a las autoridades proveer a la

⁶⁸ En este sentido, el art. 54, segundo párrafo, de la ley de defensa del consumidor expresa: “la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”. De un modo semejante, el art. 33, in fine, de la ley 25.675 dispone que “la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”

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; e) atribuye a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales, y f) prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos.

A su turno, el segundo párrafo del art. 43 constitucional define su protección jurisdiccional contra toda forma de discriminación y respecto de lesiones a los derechos al ambiente, a la competencia, del usuario, del consumidor y los demás derechos de incidencia colectiva en general, lo que ha llevado a la doctrina a preguntarse cuál es el verdadero alcance de la regla. Al respecto, indica Chaumet que al margen de las dificultades propias de los alcances de los conceptos utilizados, cabe evaluar si 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 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”⁶⁹.

Como surge de lo expresado, con estricta relación al ambiente, la Constitución nacional atribuye a la Nación dictar las reglas “de fondo” que contengan “los presupuestos mínimos”, y sin perjuicio de las facultades concurrentes, a las provincias les atribuye dictar las complementarias y también las procesales. En uso de esas atribuciones, la Nación ha dictado en 2002 la “Ley General del Ambiente”, n° 25.675, a la que ya hemos referencia supra y sobre la cual volveremos al analizar su proyección sobre el amparo colectivo.

⁶⁹ Mario E. Chaumet y otro, *Los intereses difusos en el art. 43 de la Constitución nacional*, en “El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (art. 43 de la Constitución nacional)”, Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 167/8.

En el caso de Santa Fe, la Constitución de 1962 alude indirectamente a la materia ambiental, cuando en su art. 28, referido a la explotación agropecuaria, indica que la Provincia “promueve la racional explotación de la tierra”; propende a la “protección del trabajo del campo y de sus productos”; favorece “mediante el asesoramiento y la provisión de los elementos necesarios el adelanto tecnológico de la actividad agropecuaria a fin de obtener una racional explotación del suelo y el incremento y diversificación de la producción”; protege “el suelo de la degradación y erosión, conserva y restaura la capacidad productiva de las tierras”; resguarda “la flora y la fauna autóctonas” y “proyecta, ejecuta y fiscaliza planes orgánicos y racionales de forestación y reforestación”. Ya en el plano infraconstitucional, la ley 10.000, “de protección de los intereses difusos” prevé, más concretamente, una herramienta judicial para la tutela de aquellos “intereses”, entre los cuales obviamente se encuentra la problemática ambiental que nos ocupa.

Pese al largo tiempo transcurrido desde la reforma constitucional, la provincia de Santa Fe se encuentra en un estado de mora inaceptable, pues no ha adecuado sus reglas procesales al mandato federal. Así, el amparo sigue rigiéndose por la ley 10.456), no se ha regulado el amparo colectivo –aunque preexiste el recurso contencioso administrativo sumario establecido por la ley 10.000, cuya naturaleza jurídica se discute, como veremos infra) ni el hábeas data, y tampoco se incorporaron el hábeas corpus colectivo ni contra particulares pese a la reciente reforma al Código Procesal Penal. Más allá de que para producir esa adecuación resulte conveniente el dictado de un nuevo Código Procesal Constitucional que trate de manera unificada y coordinada a éstas y a otras garantías provenientes del derecho procesal constitucional (la acción mere declarativa de inconstitucionalidad, el recurso de inconstitucionalidad, la réplica, entre otras), nos detendremos a analizar los medios de tutela de los “derechos de incidencia colectiva”, y más específicamente los que tienen utilidad para proteger el derecho al ambiente.

El derecho procesal constitucional se ha ocupado precisamente de reconocer y desarrollar ciertas herramientas que resultan de suma utilidad para la defensa de los derechos colectivos, en especial, la acción declarativa de inconstitucionalidad, el amparo, el hábeas data y el hábeas corpus. Nos referiremos a ellas a continuación.

2.2.3.1. El amparo colectivo y las acciones de clase en defensa de derechos constitucionales. Reglamentación parcial por la ley general del ambiente y por la ley de defensa del consumidor.

El art. 43 de la Constitución nacional 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”, consagrando lo que se conoce como “amparo colectivo”.

En el plano subconstitucional federal, la regla fue reglamentada parcial y tangencialmente y para solo uno de los varios bienes jurídicos mencionados por el Constituyente, a través de la Ley General del Ambiente, nº 25.675.

La norma se ocupa de la temática del amparo colectivo de manera no específica, pues sus previsiones se aplican a todos los procesos judiciales relativos al ambiente. Regula, en lo que a aquel atañe, aspectos concretamente referidos a la competencia y

a particularidades del proceso judicial, a los principios de política ambiental y a la forma de compensación del daño ambiental.

Acerca de los principios de la política ambiental, expresa que la interpretación y aplicación de la ley y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental (en cualquiera de los niveles de gobierno), estarán sujetas al cumplimiento de varios principios, en concreto los de: congruencia de la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental; prevención de los efectos negativos; precaución; equidad intergeneracional; progresividad; responsabilidad por el costo de las acciones preventivas y correctivas de recomposición; subsidiariedad del Estado nacional; sustentabilidad del desarrollo económico y de los recursos naturales; solidaridad de la Nación y las provincias respecto de los efectos ambientales transfronterizos, y cooperación en la utilización equitativa y racional de los recursos naturales y sistemas ecológicos compartidos (arts. 4 y 5). De ellos, resulta de especialmente importante el principio precautorio, que en definitiva manda a adoptar medidas eficaces aún en ausencia de información o certeza científica (“cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”).

Ya respecto de la legitimación para promover la acción por la que se pretenda la recomposición ambiental y de los alcances del deber de recomponer, el art. 30 adjudica legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, al afectado, al defensor del pueblo; a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, y al Estado nacional, provincial o municipal. Legitima también para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.”

Luego limita la legitimación activa como demandante, adoptando el principio según el cual el primero en el tiempo es mejor en el derecho, al disponer: “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.”

Con relación al acceso a la jurisdicción y a la competencia judicial, dispone que la aplicación de la ley la harán los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas, y que en los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal (art. 7), y que “La competencia judicial ambiental 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” (art. 32).

Acerca del desarrollo del proceso, estipula que “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. 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. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida

precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun 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” (art. 32⁷⁰).

La norma trae también disposiciones respecto a la atribución de responsabilidad civil de las personas físicas y jurídicas (extendiendo a las autoridades y profesionales de éstas la responsabilidad derivada del daño ambiental, en su art. 31, que 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.

Por su parte, la ley de Defensa del Consumidor, luego de su reforma por ley 26.361, trae en su capítulo XIII algunas disposiciones relacionadas con las acciones judiciales que se otorgan a los beneficiarios de la ley. Entre las más relevantes, se destacan las previsiones que refieren a la intervención de las partes y terceros, al tipo y particularidades del proceso, a la carga probatoria, a la integralidad de la reparación y a la posibilidad de reclamar daños punitivos, a la gratuidad de las actuaciones y a ciertas particularidades referidas a los procesos donde se reclama por derechos de incidencia colectiva.

Así, respecto de las partes y los terceros en el proceso, la norma expresa que:

1) ostentan legitimación activa para iniciar las acciones derivadas de la ley: a) el consumidor y usuario cuyos intereses resulten afectados o amenazados(es decir, “el afectado”, en los términos del art. 43 constitucional); b) las asociaciones de consumidores o usuarios que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor y sean autorizadas por la autoridad de aplicación para funcionar como tales, cumpliendo los requisitos del art. 57 de la ley; c) la autoridad de aplicación nacional o local, d) el Defensor del Pueblo, y e) el Ministerio Público Fiscal, como fiscal de la ley, siempre que no intervenga en el proceso como parte.

2) en las causas judiciales tramitadas en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios legitimadas para demandar podrán actuar como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados activos.

3) en caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal (art. 52).

Alrededor de la posibilidad de reclamar daños judicialmente punitivos independientes de otras indemnizaciones que correspondan, se autoriza la aplicación de multas civiles a favor de los consumidores que lo soliciten, la que estarán a cargo de los proveedores que no cumplan sus obligaciones legales o contractuales, la que se

⁷⁰ La norma aprobada por el Congreso incluía un párrafo que disponía “Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes”. La regla fue observada por el Poder Ejecutivo y como consecuencia de este veto parcial no entró en vigencia.

gradúa en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso y no podrá superar el máximo de \$ 5.000.000, que es la máxima sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de la ley. (art. 52 bis)

En cuanto a las normas que regirán el proceso, se establece que:

a) se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

b) la representación de quienes ostenten un derecho o interés individual se acreditará con simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

c) los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio, y

d) las actuaciones judiciales que se inicien en defensa de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, beneficio que cederá cuando la demandada acredite la solvencia del consumidor mediante incidente (art. 53).

Por último, ya respecto de las acciones de incidencia colectiva, se establecen las siguientes particularidades:

a) para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal (salvo que éste sea el propio actor de la acción) para que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados.

b) el acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

c) la homologación del acuerdo requerirá de auto fundado.

d) la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

e) Si la cuestión tuviese contenido patrimonial, el juez establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral, teniendo en cuenta las siguientes cuestiones: e') si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado, y e'') si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía

incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda (art. 54).

2.2.3.2. El habeas data y el habeas corpus colectivos

El art. 43, en su segundo párrafo reguló, como se dijo, el amparo colectivo. Sin solución de continuidad, en el tercer y cuarto párrafos, regula al hábeas data como subtipo de amparo y al hábeas corpus, como proceso autónomo.

La redacción de la norma ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia especializada a sostener que no hay razón alguna para negar la existencia de hábeas datas y de hábeas corpus colectivos. De hecho, siempre que la lesión a los bienes jurídicos tutelados por ambos institutos, pueda ser generalizada, no hay argumento válido para negar la defensa de colectiva de esos derechos.

En el caso del hábeas data, fruto de una marcada aceptación que dieron al instituto los constituyentes latinoamericanos luego que fuera incorporado por la Constitución brasileña de 1988, y de un importante despliegue doctrinal y jurisprudencial, aparece con rasgos colectivos en 1999 en la Constitución de Venezuela, cuando ésta, por un lado, en su art. 281, legitima al Defensor del Pueblo a interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer sus atribuciones constitucionales (lo que le permite al Defensor del Pueblo ejercer la acción de hábeas data en tutela del derecho a la protección de los datos de carácter personal, a fin de tutelar la licitud y legitimidad del tratamiento de esos datos de la totalidad de los registrados o de un sector de éstos, se encuentren o no determinados de antemano) y, por el otro, reconoce al habeas data aptitud para acceder a la información pública (lo cual lo vincula también en este aspecto a los derechos de incidencia colectiva y a la consecuente legitimación colectiva para su interposición, que en la práctica es amplísima, y en definitiva convierte al hábeas data en una acción popular al estilo del hábeas corpus).

Aquí, a falta de regulación expresa, y siendo un subtipo de amparo según definición del propio art. 43 de la Constitución —que tiene su versión colectiva en el párrafo anterior al de la regulación del hábeas data—, debe poder ser incoado tanto por la persona registrada (cuando considera que además de ella existen otras personas afectadas igualmente por un tratamiento ilegal), como por ciertas asociaciones sectoriales constituídas en pro de la defensa de determinados fines de bien común (v.gr., de lucha contra la discriminación, de defensa del consumidor, etc.) y por el defensor del pueblo (en virtud de su usual legitimación procesal a fin de tutelar judicialmente los derechos de las personas). Así, en este hábeas data no se tutela ya un mero interés individual, sino el de muchas individualidades y a la vez uno general, y por ello se acude a la representación colectiva.

A mera guisa de ejemplo, cabe mencionar que se podría utilizar para la eliminación de ciertas categorías de datos de tratamiento prohibido, como los referentes a la conducta sexual de los registrados, pues si en tal caso se dejase la solución del problema librada al accionar individual, es probable que miles o millones de registrados (dependiendo del nivel de alcance del registro que presente la base en cuestión) directamente no acudan a los estrados judiciales para lograr esa eliminación, produciéndose una lesión individual y grupal que este tipo de hábeas data tiene aptitud

para conjurar.

Desde luego, tal legitimación colectiva nunca podrá servir para acceder directamente a los datos de personas distintas del impetrante (en especial, en los casos en que es incoado por una persona física o de existencia ideal), sino para reparar lesiones de orden colectivo (cuando, v.gr., se solicita la eliminación de una determinada categoría de datos, como los relativos a la religión de los registrados, que en el caso son incompatibles con la finalidad del registro y pueden causar discriminación), en cuyo caso sólo el juez del hábeas data y en todo caso el funcionario legalmente legitimado para ello (v.gr., el defensor del pueblo, o el titular del órgano de control) podrán tener contacto con ellos (en el caso mencionado, a fin de verificar su eliminación).

Ya con relación al hábeas corpus, si bien a éste tradicionalmente se le ha reconocido la posibilidad de ser articulado respecto de un número reducido de personas (v.gr., los internos de un pabellón de penal que sufren un agravamiento en las condiciones de detención), recientemente se ha ampliado aún más su radio de acción para reconocérselo apto para conjurar lesiones masivas, tal como surge del caso “Verbitsky”, fallado recientemente por la Corte argentina, al admitir una acción de hábeas corpus colectivo interpuesta por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) ante la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en favor de todas las personas detenidas en establecimientos policiales ubicados en la jurisdicción del tribunal, que se veían perjudicadas en virtud de: a) la notoria superpoblación de detenidos, provocadora de un severísimo agravamiento en las condiciones de detención, en directo agravio a derechos constitucionales básicos, o b) encontrarse alojadas en aquellos en contradicción con expresas disposiciones legales y constitucionales (la privación de libertad debería desarrollarse en centros de detención especializados)⁷¹.

2.2.3.3. La acción declarativa de inconstitucionalidad

La acción declarativa de inconstitucionalidad tiene claras similitudes con el amparo cuando se proponen finalidades preventivas de lesiones a derechos constitucionales. Ello, a punto tal que en diversas oportunidades la Corte recondujo, de oficio, acciones de amparo que por algún defecto no serían procedentes, en acciones declarativas de inconstitucionalidad⁷².

Atendiendo entonces a la similitud existente entre estos procesos, en esa función preventiva, se debe otorgar a ambos idéntica legitimación, con lo cual, también puede ser utilizado como proceso colectivo. Al respecto, comenta Toricelli que la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, cuando con buen tino rechazó la excepción de falta de legitimación deducida por la provincia de Buenos Aires contra la Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA), ante la demanda que ésta última había incoado por vía de acción declarativa, solicitando la inconstitucionalidad de decretos provinciales que establecían gravámenes en violación de normas de coparticipación federal. Fundó su posición en que la actora tiene por objeto la protección de intereses de sus asociaciones y por más que se haya demandado por la vía del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cabe extender a este supuesto la legitimación emanada del art. 43

⁷¹ “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, CSJN, 3/5/05.

⁷² Fallos, 319:1968; 320:1093 y 322:1135, entre otros.

constitucional en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo, ya que es evidente que ambas tienen una finalidad preventiva y no requieren la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos.⁷³

2.2.3.4. El recurso contencioso administrativo sumario de la “ley 10.000” de la provincia de Santa Fe

El recurso contencioso administrativo sumario vigente en la provincia de Santa Fe está regulado por ley 10.000, de 1986, y sus modificatorias.

2.2.3.4.1. Naturaleza jurídica y procedencia

El recurso establecido por la ley está destinado específicamente a la protección de los intereses difusos, y sólo funciona cuando:

a) el acto lesivo proviene de autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, y

b) la acción u omisión viole disposiciones del orden administrativo local⁷⁴.

Su radio de acción reducido (debe haber una norma del orden administrativo local que no se cumple por parte de una autoridad o persona privada en ejercicio de funciones públicas); su denominación (recurso contencioso administrativo sumario), y su estructura (calcada de la anterior ley de amparo provincial, n° 7053) obliga a determinar si las disposiciones de la ley 10.000 refieren a un amparo especial o escapa a esa figura.

La cuestión no es menor, pues si es un amparo, sus previsiones han quedado implícitamente modificadas al dictarse con posterioridad las reglas del art. 43 de la Constitución nacional —por lo que deben entenderse ampliadas en cuanto a sus contenidos para hacerla operar con todos los alcances previstos en la Carta federal en todo aquello que ella es más garantista—. Por el contrario, si no es un amparo, no surten efecto alguno sobre la ley 10.000 las incorporaciones realizadas por el art. 43 constitucional federal, que solamente alcanzan a la ley de amparo provincial (n° 10.456) en cuanto ella regula en la provincia el amparo individual contra actos y omisiones de autoridad (y que luego de la reforma constitucional se amplía a los actos de particulares, y amplía su radio de acción al amparo colectivo y al hábeas data del segundo y tercer párrafos del art. 43 constitucional, respectivamente).

La doctrina discrepa al respecto y todavía no hay una posición preponderante. Sagüés y Serra sostienen que el recurso instaurado por la ley 10.000 es un amparo,

⁷³ Maximiliano Toricelli, *El sistema de control constitucional argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 277, con cita del caso “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) v. Provincia de Buenos Aires y otro” (Fallos, 320:691).

⁷⁴ El recurso contencioso administrativo sumario procede contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que, violando disposiciones del orden administrativo local, lesionaren intereses simples o difusos de los habitantes de la Provincia en la tutela de la salud pública, en la conservación de la fauna, de la flora y del paisaje, en la protección del medio ambiente, en la preservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, en la correcta comercialización de mercaderías a la población y, en general, en la defensa de valores similares de la comunidad (art. 1, primer párrafo).

fundamentalmente por conservar la antigua estructura del amparo de la ley 7053⁷⁵, argumento fuerte pero que a nuestro criterio no es definitorio, pues nos parece que por más que su estructura procesal haya sido prácticamente calcada de la antigua ley de amparo provincial, su objetivo y denominación legal lo asimila a una típica acción de cumplimiento, en el caso referida a normas administrativas locales cuya violación por omisión afecte intereses difusos.

Así las cosas, en nuestra opinión, hay desde 1994 un amparo colectivo en la provincia que comparte con la ley 10.000 la tutela de los derechos de incidencia colectiva. Los supuestos en que proceden uno u otro deben ser objeto de un análisis minucioso en cada caso⁷⁶, tarea nada simple mientras no se actualicen en la provincia los procesos constitucionales, principalmente debido a la disparidad de criterios existente en la doctrina y en la jurisprudencia⁷⁷. De todos modos, debe quedar claro que no siempre habrá choque entre estos, pues no todos los casos de violación de intereses difusos encuadran en el art. 1 de la ley 10.000, en particular por los requerimientos en cuanto a la legitimación pasiva y a la necesidad de violación de una norma del orden administrativo local⁷⁸ —recuérdese que se trata de un “recurso contencioso

⁷⁵ Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra, *Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 287/8.

⁷⁶ En esta línea, se ha sostenido que: “Al hablar la ley (10.456) de persona «perjudicada» por un acto lesivo, está aludiendo en términos generosos tanto a sujetos afectados en concreto e individualmente, como a los perjudicados colectivamente (por ej., por contaminación aérea o fluvial). El amparo de la ley 10.456 comprende, por tanto, también la tutela de los llamados intereses difusos; aunque por tener éstos un trámite particular en el recurso administrativo sumario previsto por la ley 10.000, debe aclararse, por principio de subsidiariedad o supletoriedad de la acción de amparo (ley 10.456, art. 2º, inc. a), que si el acto lesivo es idóneamente reparable por la ley 10.000 habrá que recurrir a ésta y no a la ley 10.456.” (Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra, *Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 189).

⁷⁷ Por ejemplo, para algunos autores, entre quienes cuentan principalmente Vázquez Ferreyra y Guillermo Peyrano —aunque en opiniones vertidas antes de la reforma constitucional de 1994—, la presencia de la ley 10.000 excluye la posibilidad de articular un amparo en defensa de los bienes jurídicos allí contenidos, y en tal sentido han sostenido que “Si se trata de un interés difuso, entonces, no es viable la ley 10.456, sino que el asunto deberá discutirse a través del amparo de la ley 10.000, atento al carácter residual o supletorio de aquélla” (Roberto Vázquez Ferreyra *El recurso de amparo en Santa Fe y los requisitos positivos y negativos de admisibilidad. La existencia de vías ordinarias*, en “Zeus” 45–D–19, cit por Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra, *Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 129 y 130), y que a tenor de la ley 10.456, el amparista debe ser la persona perjudicada, con lo cual la ruta del amparo no es apta para la protección de intereses difusos (Guillermo F. Peyrano, *La admisibilidad de la acción de amparo en la Provincia de Santa Fe* (breve análisis del alcance de las previsiones de los arts. 2º y 6º de la ley 10.456) J.S. n° 4, dic. 93, ps. 33/8).

⁷⁸ Resolviendo a nuestro entender correctamente la cuestión relativa a las relaciones entre el amparo de la ley 10.456 y el recurso contencioso administrativo sumario de la ley 10.000, la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, tuvo oportunidad de expedirse en el marco de un recurso contencioso administrativo sumario incoado contra la Municipalidad de Rosario, al evaluar el argumento del a—quo mediante el cual se consideraba a la propia Constitución nacional —en particular, el art. 42 en cuanto reconoce los derechos de los consumidores y los usuarios— y como parte integrante del orden administrativo local al que alude el art. 1º de la ley 10.000, y consecuentemente admitía la vehiculización de las demandas dirigidas a repeler las violaciones a intereses difusos a través de esta norma.

Sostuvo la Sala que “a) Al calificar que «el orden administrativo local» es la Constitución nacional (art. 1º, ley citada) ha confundido, a mi modo de ver, la vigencia de la Constitución nacional en todo el territorio de la República (lo cual es correcto, por su obviedad) con el orden administrativo—normativo local. Es que el hecho que la Constitución de la Nación se aplique en todo el territorio nacional (arg. art. 5º C.N.) no quiere decir que se parifique o integre, en sentido estricto, al orden administrativo local.

“b) De seguirse la personal interpretación del A—quo quedaría sin sentido (vaciado de contenido) el presupuesto de procedencia del recurso contencioso—administrativo sumario (art. 1º, citado), ni se explicaría cuál sería el sentido de la expresión “orden administrativo local” utilizada por el legislador provincial.

“c) En mi parecer la exigencia impuesta por la ley (que virtualmente deroga el sentenciante con su hermenéutica sin planteo de inconstitucionalidad) se relaciona con que el derecho administrativo es de naturaleza eminentemente local. Es una notoria consecuencia del régimen federal adoptado por el art. 1º, de la Constitución Nacional, en cuyo mérito las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación, entre los que se encuentran el relativo a la legislación en materia administrativa, pues según el art. 112, de la C.N., las provincias por haberse reservado dicho poder se dan sus instituciones y se rigen por ellas. A su turno, también las Municipalidades como entidades autónomas (art. 123 C.N.) dictan sus normas administrativas locales como, en el

administrativo sumario”, y que por ostentar tal naturaleza, mal podría dirigirse hacia particulares que no se encuentren en ejercicio de funciones públicas—.

2.2.3.4.2. La cuestión de las vías previas

Al aludir a las causales de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo sumario, la ley 10.000 establece: “No se admitirá el recurso si hubieren dejado de usarse oportunamente vías de impugnación especiales acordadas por leyes o reglamentos, salvo que por tales vías no se pudiera obtener una rápida reparación de la lesión” (art. 2).

La reciente reforma realizada por la ley 12.015 agregó un segundo párrafo al art. 1, que implica otra causal de inadmisibilidad, y que expresa “El recurso contencioso administrativo sumario no es admisible para obtener el pago de las prestaciones económicas de cualquier naturaleza, se encuentren o no reconocidas por disposiciones administrativas de orden local o nacional”.

Esta norma, introducida conjuntamente con una reforma al sistema cautelar previsto en el art. 8, fue dictada a fin de evitar que por la vía de la ley 10.000 se introduzcan pretensiones a través de las cuales se intente obtener el pago de sumas de dinero, como ocurrió en varios casos (v.gr., cuando en Rosario, por la vía de este recurso se pretendió el reintegro de los montos abonados por los usuarios del servicio eléctrico en concepto de tasa de contraste, basado en la falta de prestación del servicio al que refería la tasa), y para amortiguar los efectos perniciosos que producía (como produjo en el marco de la antigua ley de amparo 7053) la tutela cautelar automática consagrada en la regla.

Volviendo a la primera disposición, ella establece como regla que el recurso es subsidiario respecto de otras vías administrativas o judiciales aptas para reparar la

caso, las referidas a la regulación de los servicios públicos de transporte de pasajeros dentro de su jurisdicción municipal. Esta noción conceptual, por lo demás, responde a la característica organizacional del derecho administrativo donde las atribuciones de legislar en materia administrativa se reservan a cada una de las organizaciones en su ámbito de competencia y jurisdicción (Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, ed. 1998, p. 174; Bidart Campos, Germán, *Derecho Constitucional*. t. 1, p. 611 a 696; Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, p. 241 a 247; Villegas Basavillbaso, B., *Derecho Administrativo*, t. II, p. 319 y ss.; Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, t. 1, p. 161 y *passim*).

“d) Es notorio que la voluntad del legislador provincial al emplear la expresión en violación “al orden administrativo local” lo ha hecho en sentido estricto. No refiere a cualquier orden jurídico normativo, sino al estrictamente “administrativo” y reduciendo su ámbito a la expresión de “local” (provincial o municipal), en consonancia con el especial mecanismo de control de legalidad (que incluye a la razonabilidad) de la administración por parte de la jurisdicción que impone, precisamente, la ley de defensa de los intereses difusos, con un sentido de razonable equilibrio. La interpretación propuesta en la primera instancia exorbita el texto legal y la finalidad del legislador.

“e) La doctrina y la jurisprudencia han delimitado, correctamente, la causal de procedencia del art. 1º, de la ley 10.000, al interpretar que la violación normativa (objeto de la impugnación) se debe entender en la forma propuesta en este voto. Se ha dicho, en doctrina, “que la norma bajo examen es clara. Lo que se impugna son decisiones, actos u omisiones violatorias de disposiciones del orden administrativo local sin hacer distinciones sobre su jerarquía. Por lo tanto debe entenderse que quedan comprendidas todas las disposiciones administrativas provinciales, municipales y comunales, desde leyes, ordenanzas y decretos, hasta simples resoluciones o directivas comunales” (Capella, José L., *Intereses difusos*. Ley 10.000, p. 73; fallos de jurisprudencia en general: Zeus T. 59, sum. 8673, del 14 de mayo de 1992; Zeus T. 67, 16 de febrero de 1995, bajo comentario de Capella, José L., *Interés legítimo, simple y difuso en la acción popular de la ley 10.000*, C.C.C.Rosario, Sala III, causa “Municipalidad de Roldán c. C.O.P.R.O.L. Ltda. Roldán, “J.S.”, n° 21, p. 23, entre otros.” (C.C.C.Rosario, Sala 1º, Acuerdo 82 del 21/9/99, autos “García, Carlos A. c/ Municipalidad de Rosario s/ Acción popular – ley 10.000”, voto del Dr. Ricardo Silvestri, al cual concurrió el Dr. Rouillon, absteniéndose el Dr. Elena en virtud de lo dispuesto por el art. 26 de la ley 10.160).

lesión que se pudiera estar ocasionando, con lo cual el juez requerido no debe dar curso a la demanda en tanto no se hayan transitado, sin éxito, esas vías.

Al analizar el art. 2 de la ley, explican Sagüés y Serra que la exigencia de reclamación administrativa previa a la acción judicial prevista en la ley 7234 (de defensa en juicio del Estado) no resulta de aplicación; que el texto de la ley 10.000 no distinga, al respecto, entre rutas procesales administrativas o judiciales previas ni paralelas al recurso contencioso administrativo sumario, y que de haberlas, y ser útiles, deben recorrerse antes o en lugar del recurso. Sin embargo, pueden no transitarse si los trámites son lentos (lo que debe alegar y probar el actor), resultando irrelevante si se causa o no un gravamen irreparable al peticionante⁷⁹. La opinión de estos autores es relevante, pues en su entender la ley 10.000 regula un amparo especial y pese a las modificaciones establecidas al amparo federal por la reforma de 1994, el recurso instaurado en la ley 10.000 sigue siendo subsidiario respecto de las vías judiciales y administrativas.

Ahora bien: ni en la provincia de Santa Fe ni en los municipios se han regulado vías de impugnación especiales en sede administrativa para el caso de afección a los derechos de incidencia colectiva –circunstancia que debiera ser responsablemente revisada⁸⁰–, lo que provoca que esa subsidiariedad quede en la práctica sólo en la letra de la ley.

2.2.3.4.3. La tutela cautelar

La ley 10.000 trae un sistema cautelar automático, que puede excepcionarse en determinados supuestos. Originalmente esa excepción debía ser otorgada por el juez de la causa a pedido de la autoridad administrativa demandada, a través del relevamiento de la cautelar, pero el sistema fue modificado por la ley 12.015, que autoriza a la demandada a incumplir la cautelar por razones justificadas. Analizaremos a continuación tales supuestos.

⁷⁹ Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra, Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 310 y 311.

⁸⁰ En todos los municipios de la provincia, para la tramitación de los recursos administrativos se aplican las reglas genéricas de la ley 2756, Orgánica de Municipalidades (en concreto el Capítulo VIII –De los recursos administrativos–, arts. 66 a 74), por lo cual el afectado puede recurrir directamente a la sede judicial para acceder a esa tutela, y si su pretensión está adecuadamente preparada y resulta convincente (aún cuando con una mínima refutación por parte del demandado su presentación quedara desvirtuada), el recurso será declarado admisible y se accederá con una gran facilidad a la tutela cautelar, que ordinariamente costará meses e incluso años de trabajo para el demandado revertir. En consecuencia, para evitar demandas –y cautelares– sorpresivas, debiera regularse una vía administrativa específica que permita encauzar previamente esos reclamos en tal sede, pero debe tenerse especial cuidado en que esa vía sea lo suficientemente expeditiva como para que no se alegue su lentitud para lograr exceptuar su tránsito previo a la acción judicial.

Sin embargo, esa característica de expeditividad y rapidez de la vía administrativa previa de ninguna manera debe implicar vaciarla de contenido, a partir de una total simplificación de las actuaciones y del acortamiento de plazos, pues si bien debe tenderse a ello, al ser vías específicas en las que se tratan problemáticas de alcance general, debe tenerse sumo cuidado en otorgar participación a todos los sectores involucrados (por lo general toda la comunidad, aunque de ordinario la cuestión en debate interesa particularmente a sectores específicos de ella, como ocurre, v.gr., cuando se discute la relocalización de rellenos sanitarios que funcionen como repositorios de residuos sólidos urbanos, hipótesis en que la situación interesa seguramente no sólo a los promovientes que pretenden la relocalización fuera de su barrio, sino, en general a la comunidad, y en particular a los habitantes de los demás barrios en los que pueden localizarse los nuevos rellenos, y a las organizaciones involucradas en la problemática urbanística y ambiental).

2.2.3.4.3.1. Regla general

El art. 8 de la ley establece como regla (y esto no fue objeto de reforma por la ley 12.015) que al recibir el pedido de informe, la autoridad requerida debía mantener la situación existente en ese momento, o, en su caso, suspender los efectos del acto impugnado. Por provenir directamente de la ley, el juez no necesita decir nada al respecto, así como tampoco debe analizar si concurren los requisitos típicos de toda cautelar (la alegación de un daño irreparable por la sentencia, el peligro en la demora, la verosimilitud del derecho y la contracautela).

La doctrina se alzó inmediatamente contra esta fórmula, pues *ministerio legis*, tanto en su versión original como en la actual, el art. 8 impone a la Administración adoptar una medida de no innovar o innovativa (según que el acto lesivo se encuentra o no perpetrado), con el solo anoticiamiento del pedido de informe circunstanciado; violando las reglas de la paridad de las partes y de presunción de legitimidad de los actos estatales.

Al respecto, sostuvieron Sagüés y Serra: “Muy similar al polémico art. 8° de la ley 7053, este precepto ha desatado una variedad de interpretaciones realmente asombrosa. Para Capella (José Luis Capella, *Ensayo sobre la ciencia y Derecho ambiental*, ed. del autor, Rosario, 1992, p. 125) debe interpretarse con un criterio amplio, aunque sí cabe exigir para lograr sus efectos el *fumus bonus juris* y el *periculum in mora*, pero no contracautela. Ulla subrayaba que se trata “de una solución automática, que opera de pleno derecho”, por la que la autoridad pública tiene que mantener la situación existente al momento de recibir el requerimiento de informe circunstanciado, o suspender los efectos del acto impugnado, en el supuesto de que éste ya se hubiere producido (Decio C. Ulla, *La tutela de los intereses difusos en la Provincia de Santa Fe. El recurso contencioso administrativo sumario*, en Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1992, año 4, n° 9/10, p. 115.). Julio O. Chiappini pensó, a su vez, que la suspensión del acto administrativo debe ser explícitamente solicitada por el particular y que el juez puede acceder o no a ello. De todos modos, calificó como “hartó críptica [y] demasiado hermética” a la norma en cuestión (Julio O. Chiappini, *El amparo y los efectos del acto*, en Zeus 51–D–95).

“Sin perjuicio de recordar lo dicho en oportunidad de tratar la acción de amparo (§ 139), lo cierto es que, ministerio legis, el artículo 8° de la ley 7053 dispone, con la mera recepción de requerimiento del informe circunstanciado, una carga procesal para la Administración Pública:

“a) Adoptar una medida de no innovar;

“b) o una medida innovativa, según que el acto lesivo se hubiere perpetrado o no, y todo ello aunque el juzgado nada haya dicho al respecto.

“Tampoco requiere la ley acreditación de *periculum mora*, *fumus bonus iuris* (verosimilitud del derecho invocado) ni contracautela.

“Entendemos que tal precepto es inconstitucional por violar la regla de la paridad entre las partes, o de igualdad en el debido proceso (Ver Néstor P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 616): el promotor del recurso, pese a la presunción de legitimidad con que cuentan los actos estatales, tiene

la virtud, con la simple presentación de un “recurso”, de bloquear la gestión de la Administración Pública”⁸¹.

Así las cosas, lucía obvio desde el momento mismo en que fue dictada la ley 10.000 que la medida cautelar no podía ser obligatoria y automática, porque la limitación a la que sometía, con tal criterio, a la judicatura, era inconstitucional, no sólo por arbitraria, sino, además, por violentar la esencia de su función, y llevar a la desprotección de los supuestos beneficiarios del recurso contencioso administrativo sumario. Toda regulación de cautelares “automáticas” que pretenda convertir a los jueces –y valga la redundancia– en meros “autómatas” y resultar la única y salvadora solución para todos y cada uno de los casos que pudieran plantearse, es irrazonable y opuesta a la idea del Estado de Derecho, en cuanto el legislador pretende, omnímodamente, sustituir la función valorativa del juzgador.

Es en concreto y en cada caso, el juez de la causa, quien debe evaluar, sin arbitrariedades, la concurrencia de los requisitos comunes a toda cautelar y definir si en ese particular caso corresponde mantener la situación existente o suspender los efectos del acto impugnado. Inclusive, es perfectamente sostenible la idea de un proceso vehiculizado a través de la ley 10.000 sin dictado de cautelar alguna durante todo el trámite, o bien, sólo cuando ello deviniera necesario. Y ello no tiene porqué fundarse en otras razones que la necesidad de pura y simple de cautelar, cuando es imprescindible, el resultado de la sentencia.

Por tal motivo, y dentro del esquema del amparo limitado respecto de actos de los poderes públicos, la ley provincial 10.456 –obviamente anterior a la incorporación del art. 43 de la Constitución nacional, supera a aquella normativamente y extiende su legitimación pasiva– modificó el anterior criterio sustentado por la ley 7053, que entre sus previsiones, incluía la cautelar automática, en sus arts. 6° y 7°⁸², al disponer, en su art. 16: “Medidas cautelares: En cualquier estado o grado del trámite, el tribunal podrá decretar la prohibición de innovar, mantener la situación existente en ese momento, o suspender los efectos del acto impugnado”. Declara asimismo, en el art. 13, que “Se aplican en subsidio las reglas previstas para el juicio sumario por el Código Procesal Civil y Comercial debiendo las mismas ser adaptadas a la naturaleza urgente del juicio de amparo...”. De tal suerte, no hay cautelar automática en el amparo ni escapa el actor a la necesidad de provisión de contracautela.

En similar sentido, la ley 11.330, reguladora del Recurso Contencioso Administrativo, cuando establece la forma y condiciones para el dictado de la tutela cautelar, una vez declarado admisible el recurso, de ningún modo impone al juzgador conducta alguna a seguir imperiosamente⁸³. Este sistema es similar, aunque modifica al

⁸¹ Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra, *Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 334 y ss.

⁸² Art. 6°: “Presentado el recurso, el juez requerirá inmediatamente un informe circunstanciado de la autoridad pública respectiva sobre los hechos que motivan y las razones que fundan su actitud, y, en su caso, la remisión en original o copia autorizada de las actuaciones administrativas que existieren...”

Art. 7°: “Recibido el pedido de informe, la autoridad requerida mantendrá la situación existente en ese momento o en su caso suspenderá los efectos del acto impugnado salvo que comunicase al juez la posibilidad de producirse a raíz de ello un daño inminente y grave para el interés u orden público y el magistrado lo relevase de aquella obligación”.

⁸³ Así, en el art. 14, indica: “Tutela cautelar. En los casos en que el recurso aparezca fundado de tal modo que en principio pueda considerarse como jurídicamente aceptable la posición sustancial del recurrente y de modo justificado y razonable pueda considerarse que exista peligro por la demora del proceso, el Tribunal podrá adoptar, ponderando debidamente los intereses en juego en el caso concreto, medidas urgentes que sean idóneas o necesarias y posibles jurídicamente, para asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva. Podrá

régimen anterior (Código de lo Contencioso Administrativo, ley 4106, derogado por ley 11.330), regulado en los arts. 29 a 31⁸⁴.

De todo lo expresado, resulta evidente que el art. 8 o su interpretación en el sentido de que obliga al juzgador a adoptar cautelares automáticas se opone a los principios esenciales de nuestro sistema republicano y deviene contraria al principio de razonabilidad (arts. 1 y 28 de la Constitución Nacional). Una cosa es que al actor se lo exima eventualmente de costas en caso de resultar perdidoso y que además no se le exija contracautela, y otra muy distinta es que el juzgador deba considerar adoptada *ministerio legis* la medida cautelar en todo supuesto y sin análisis alguno respecto de su oportunidad o conveniencia.

Como consecuencia de lo expuesto, esta primera parte del artículo debiera reformarse, estableciendo que el juez interviniente, a pedido de parte (y tal vez inclusive de oficio, pues no debe olvidarse que aquí el promotor de la ley 10.000 ostenta una representación colectiva y debe velarse por la tutela de los derechos de todos los involucrados) otorgará la cautelar que corresponda sólo si se dan los requisitos típicos

incluso dirigir mandamientos a la autoridad administrativa, para, entre otros fines, conservar o restablecer una situación tendente a prevenir un daño inminente o para hacer cesar un trastorno manifiestamente ilegal; y ordenar, en su caso, una provisión, justa y razonable, al titular de un derecho, ante la presencia de una obligación pública cuya existencia no resultare seriamente cuestionable.

“Todo ello sin perjuicio de las medidas cautelares previstas en el Código Procesal Civil y Comercial y que fueren conducentes o se estimaren pertinentes a criterio del Tribunal.

“El recurrente puede pedir que se decrete la suspensión de la ejecución de la medida administrativa impugnada, que procederá si “prima facie” apareciese verosímil la ilegitimidad de la resolución cuestionada, o cuando su cumplimiento hubiese de ocasionar perjuicios graves o de reparación difícil o imposible si llegase a prosperar el recurso”.

Inclusive, luego, en el art. 15, se refiere al único punto que interesa a los efectos de la efectividad de la ley 10.000, esto es, no la automaticidad de la cautelar, sino la inexigibilidad de caución, y se faculta a la Administración, similarmente a la ley 10.000 y por motivos justificados, a solicitar que se deje sin efecto la cautelar. En efecto, dicho artículo estipula “Trámite de la cautelar. Inexigibilidad de caución. El tribunal resolverá la solicitud correspondiente en el término de cinco días, previa vista por igual plazo a la recurrida.

“Al disponerse la medida cautelar, podrá exigirse que se preste caución bastante para responder por los daños y perjuicios que pudieren resultar a los intereses públicos o de tercero.

“La caución no se exigirá a los funcionarios, empleados, jubilados y pensionados en las causas vinculadas con sus derecho como tales.

“En cualquier estadio del proceso, si la autoridad administrativa estimase que la medida cautelar produce grave daño para el interés público o que es urgente el cumplimiento de la decisión, podrá solicitar al Tribunal que la deje sin efecto, ofreciendo responder por los daños y perjuicios que causare la ejecución en el supuesto de prosperar el recurso. El tribunal, previo traslado por cinco días al recurrente, dispondrá el cese, salvo que los motivos aducidos fueren irrazonables.

“Contra el pronunciamiento que resuelva sobre dicho cese, las partes podrán apelar ante la Corte Suprema.

“Del respectivo escrito interponiendo la impugnación, que deberá fundarse, se ordenará traslado por igual término a la contraparte, vencido el cual, sin más trámite y de inmediato, se elevarán las actuaciones a la Corte Suprema. Esta resolverá dentro de los diez días contados a partir de la fecha de ingreso de aquéllas. En ningún caso se paralizará el trámite del proceso principal”.

⁸⁴ En efecto, aquella norma establecía, en el art. 29: “Suspensión de la medida administrativa. El actor, en el escrito de demanda, podrá pedir que se decrete la suspensión de la medida administrativa. El Tribunal resolverá la solicitud en el plazo de tres días, previa vista por cuarenta y ocho horas a la administración demandada. Si se dispusiera la suspensión, la autoridad administrativa, en los casos de grave daño para el interés público, podrá proceder a su cumplimiento, ofreciendo pagar los daños y perjuicios emergentes para el supuesto de prosperar la demanda. “

En el art. 30: “Causas de suspensión. Son causas de suspensión: a) Cuando la resolución impugnada sea “prima facie”, nula por incompetencia o violación manifiesta en la ley; b) Cuando la ejecución de la misma pueda producir un daño irreparable, si también la resolución es “prima facie” ilegal, aunque la ilegalidad lo sea por motivos distintos de los casos expresados.

Y en el art. 31: “Prohibición. No podrá suspenderse el cumplimiento de decisiones administrativas o judiciales en que se ordene: a) La percepción de contribuciones fiscales; b) La demolición de construcciones o instalaciones ruinosas o insalubres, si se considera que ellas son peligrosas para la seguridad, moralidad e higiene pública. c) La destrucción de cosas que se consideran igualmente peligrosas para la seguridad, moralidad e higiene pública. En los casos de los incisos b) y c) la decisión administrativa no tendrá fuerza ejecutoria si no funda en un dictamen técnico administrativo autorizado”.

de toda medida precautoria (aunque podría en este caso eximirse de contracautela por la naturaleza de los bienes tutelados), disponiendo con precisión la conducta que debe seguir la demandada.

Analizaremos a continuación los supuestos de excepción previstos en la versión original de la ley 10.000 y en la actualmente vigente, establecida por la ley 12.015.

2.2.3.4.3.2. La excepción primitiva: el relevamiento judicial frente a la causación de un daño inminente y grave para el interés u orden público

Como se dijo, la regla que establece la cautelar automática, tanto en su versión original, como en la actual, puede exceptuarse, aunque bajo situaciones diferentes. La hipótesis contemplada por la redacción primitiva de la ley 10.000, era la de exceptuar el cumplimiento de la cautelar:

a) ante la posibilidad de producirse, a raíz de la medida cautelar, un daño inminente y grave para el interés u orden público, y

b) mediante solicitud de relevamiento judicial del cumplimiento por parte de la autoridad recurrida⁸⁵.

El principal problema para la demandada radicaba, como en el anterior régimen del amparo de la ley 7053, en que la aceptación por parte del tribunal de las razones esgrimidas por aquella no producía efectos inmediatos, pues si la resolución que disponía el relevamiento de la cautelar era apelada por la actora beneficiada por la medida cautelar hacía supervivir la vigencia de la cautelar original hasta que existiera cosa juzgada sobre ella por aplicación supletoria del art. 284 del Código Procesal Civil y Comercial.

En consecuencia, en la praxis tribunalicia, con un recurso presentado sin mucha fundamentación se lograba que se diera curso a la acción y se gozaba de una cautelar automática, que pese al relevamiento pedido por la demandada y concedido por el tribunal, seguía aplicándose igualmente por varios meses. Como lo indicaron Sagüés y Serra: “en los hechos, la simple interposición de un recurso de la ley 10.000 acarrea, a menudo durante meses, la inaplicación del acto administrativo objetado, tenga realmente la promoción del recurso asidero o no, posea o carezca de *fumus bonis iuris*, cuente o falte en ella *periculum in mora*”⁸⁶.

En síntesis, conforme la estructura original de la ley 10.000, estas medidas cautelares comenzaban a regir con la sola exposición de la actora que, aun sin obrar de mala fe –por ejemplo, por desconocer alguna de las muchas normas municipales vigentes–, podían no poner en conocimiento correcto del tribunal la totalidad de la problemática, y consecuentemente podían ser causados perjuicios sumamente graves al interés general, perjuicios que, como es obvio, alcanzaban ordinariamente a la clase que se pretende proteger a través de la acción –en la mayoría de los casos, la totalidad de los habitantes de la ciudad–, y que luego no eran resarcidos por el demandante, a

⁸⁵ Art. 8. Recibido el pedido de informe, la autoridad requerida mantendrá la situación existente en ese momento, o, en su caso, suspenderá los efectos del acto impugnado, salvo que comunicase al juez la posibilidad de producirse, a raíz de ello, un daño inminente y grave para el interés u orden público y el magistrado lo relevase de aquella obligación.

⁸⁶ Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra, Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 337.

quien no sólo no se le exige contracautela alguna para conseguir la cautelar, sino que, por disposición expresa del art. 11 de la misma ley, está exento de costas cuando se desestime el recurso (éstas se disponen en el orden causado, “salvo propósito manifiestamente malicioso del vencido”, hipótesis de muy difícil configuración y comprobación en la práctica).

Los abusos detectados por los tribunales en las presentaciones parcializadas de los recurrentes, motivó una sana práctica por parte de los jueces, consistente en requerir la remisión de expedientes administrativos o informes a la demandada (distintos al informe circunstanciado referido en la ley), previo a declarar admisible el recurso, y a determinar con precisión los alcances de las cautelares⁸⁷.

2.2.3.4.3.3. La excepción en la ley 12.015: la no suspensión frente a la causación de un daño sustancial a un cometido público o la posibilidad de generar un perjuicio mayor

Los inconvenientes generados por la redacción original del art. 8 de la ley llevó a su modificación por medio de la ley 12.015, que, manteniendo el esquema de la cautelar automática, modificó la excepción a la regla, estableciendo que la cautelar se aplica “salvo que la suspensión provoque un daño sustancial a un cometido público o sea susceptible de generar un perjuicio mayor que el derivado de la no suspensión lo que (la autoridad administrativa) comunicará al Juez de la causa.”

En síntesis, la reforma implicó:

a) modificar las hipótesis de excepción, estableciendo unas más genéricas que las anteriormente regladas, y

b) eliminar la necesidad de que la autoridad administrativa solicite el relevamiento de la cautelar, bastando solamente que se comunique estar ante alguno de los dos supuestos de excepción habilitantes para incumplir la cautelar automática de innovar o no innovar dispuesta ministerio legis.

Si bien esta reforma favoreció la posición de los demandados, pues ya no deben solicitar el relevamiento sino que les basta comunicar que no cumplirán la cautela legal automática por encontrarse habilitado por alguna de las excepciones, no implica un bill de indemnidad, pues el juez de la causa debe analizar si se dan o no las hipótesis autorizadas por la ley para que la autoridad administrativa incumpla la cautelar, y en caso contrario, disponer su cumplimiento. A nuestro entender, y aunque la ley no lo exige, para ello el juez debiera ponderar no sólo si se dan o no los supuestos de excepción, sino también si se reúnen los requisitos típicos para que la cautelar sea dictada (como se dijo, como mínimo el *fumus bonus juris* y el *periculum in mora*, y

⁸⁷ Así lo ha hecho, entre varios otros, el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Sexta Nominación de Rosario, cuando debió evaluar una demanda presentada a los efectos de que se ordenara la emisión de la tarjeta monovía y la colocación de puestos de expendio de las mismas dentro de un radio determinado. Así, se evitó el dictado de una cautelar de imposible cumplimiento, o que, de haber sido dictada sin los elementos técnicos mínimamente indispensables, hubiera provocado un daño grave a la comunidad.

No casualmente, la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, al revisar la sentencia dictada en esa temática, ha dispuesto, en Acuerdo n° 82 del 21/9/99, que no correspondía la emisión de esa tarjeta monovía y que era correcta la del sistema implementado bi-vía, con lo cual, si se hubiera aceptado dicha cautelar automática, ¿quién hubiera pagado los costos de tal aventura judicial? Precisamente, quienes se suponen eran los beneficiarios de la acción promovida y de la cautelar que se hubiere dictado, amén de los demás rosarinos no usuarios del servicio de transporte urbano de pasajeros.

eventualmente la contracautela, como lo dispone el art. 32, segundo párrafo de la ley 25.675, general del ambiente, al regular el amparo ambiental⁸⁸).

En este sentido, refiriéndose concretamente a las cautelares innovativas, se ha expresado: “En la cautelar innovativa a los requisitos comunes de todas las medidas de tal carácter debe serle agregado el recaudo que le es propio y característico: la irreparabilidad del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar⁸⁹. Y con relación a las medidas de no innovar, se ha dicho: “Posee así la medida precautoria de no innovar caracteres excepcionales, respecto de las decisiones de la Administración Pública, habida cuenta de la presunción de legitimidad ya aludida, de lo que deriva que el peligro en la demora debe ser grave e irreparable y la prevalencia del interés público esté cuidadosamente resguardada al decretarla” (CNFed, Cont-Adm, Sala III, 11/10/83, E.D, 107, p. 420)⁹⁰.

Sin embargo, el sistema instaurado nada dice al respecto, con lo cual debiera promoverse una reforma legal que aborde esta problemática de manera adecuada, evitando asumir estos temas de derecho administrativo desde el derecho procesal, ya que ello implica utilizar los mismos remedios garantistas a toda suerte de proceso material, desafiando las sustanciales diferencias que existen en los procesos donde sólo están en juego intereses privados, con éstos, donde hay intereses públicos relevantes en discusión.

En efecto, por ejemplo, en el derecho administrativo hay que ponderar la supuesta irreversibilidad del daño que pueda causarse al interés privado –en casi todos los casos indemnizable– con la del daño que puedan sufrir los intereses generales y equilibrar dichos intereses.

No debemos olvidar que es el administrado el que soporta la carga de tener que romper la presunción de validez del acto que le perjudica o impugna. El juez debe ponderar la dificultad de reparación del daño tanto para el actor como para el demandado sobre todo donde los intereses de la Administración son los de la comunidad.

Y en este sentido, la distinguida administrativista española Chinchilla Marín ha expresado: “En la tutela cautelar administrativa el juez tiene que hacer una doble comprobación: Primero sobre la apariencia del buen derecho, en el sentido de que el recurrente sea titular de un derecho o interés legítimo que necesita la tutela, y segundo, sobre la apariencia de la ilegalidad de la actuación administrativa. De poco serviría en mi opinión, el *periculum in mora* y el *fumus* del buen derecho sin un *fumus* de actuación administrativa ilegal⁹¹”

3. Reevaluación y conclusiones

La materia ambiental, si bien no es una temática nueva, solo ha generado recientemente la disciplina que la norma, esto es, el derecho ambiental, y por tal

⁸⁸ Art. 32: “...En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun 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.”

⁸⁹ C.C.C. Paraná, Sala II, Zeus 32; J-31.

⁹⁰ Martínez Botos, *Medidas Cautelares*, Ed. Universidad, Bs.As., 1990, p. 412.

⁹¹ Carmen Chinchilla Marín, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Monografías, Madrid 1991, p. 46.

circunstancia, sumada a la complejidad y extensión de las cuestiones que abarca, no ha cuenta todavía con las herramientas necesarias para que cuente con un grado de tutela aceptable.

Si bien el derecho civil, el derecho ambiental, el derecho procesal y las constituciones y códigos procesales provinciales, y la labor doctrinal y jurisprudencial (en especial la proveniente del derecho procesal, del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional) brindaban herramientas para la tutela de los derechos colectivos con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, ésta, con la incorporación de los “nuevos derechos y garantías” ha permitido “blanquear” y también ampliar –aunque con deficiencias técnicas reprochables– la formulación y también la protección de aquellos.

Pese al tiempo transcurrido, los problemas que ya presentaba el amparo colectivo con anterioridad a la reforma constitucional –especialmente por regirse a través de reglas típicamente formuladas para procesos individuales–, no fueron superados hasta el presente, debido a la falta de regulación integral de la problemática, que resuelva en especial en lo relativo a la legitimación activa, la intervención de los afectados en el proceso y los efectos expansivos de la cosa juzgada (sólo se establecieron unas pocas pautas en la ley general del ambiente y en la ley de defensa del consumidor, limitadas a los procesos colectivos iniciados en tutela de esos bienes jurídicos).

Si bien la irrazonable e injustificada mora legislativa –no subsanada, como se dijo, por las reglas específicamente dictadas en las leyes general del ambiente y de defensa del consumidor, ni para el derecho al ambiente ni para defensa de los demás derechos colectivos para los que sus previsiones pudieran aplicarse extensivamente– reclama la urgente atención del Congreso nacional, mientras ello no ocurra cabe a los jueces, en el carácter de directores del proceso, y pese a las obvias limitaciones presupuestarias, adaptar las soluciones que considere pertinentes.

En tren de brindar estas soluciones, tal como lo ha destacado la Corte argentina recientemente en “Halabi” –y antes menos explícitamente en “Cels”– resultan de suma utilidad ciertos institutos provenientes del derecho extranjero, en especial el anglosajón, respecto del cual importó las acciones de clase, dándole pautas bien concretas a los jueces para que las apliquen y al legislador ordinario para cuando se decida a regular eficazmente la cuestión –destacando la situación de mora irrazonable en la que se encuentra respecto de su obligación de actualizar las normas procesales constitucionales preexistentes a la reforma constitucional de 1994 y de dictar las incorporadas por tal enmienda–.

Respecto de la situación en Santa Fe, las disposiciones de la ley 10.000 son inadecuadas e insuficientes, y aunque fue una herramienta de avanzada para su momento, nunca reguló adecuadamente su sistema cautelar, y las modificaciones incorporadas por la ley 12.015 no cambiaron sustancialmente las cosas (salvo por facilitar a la autoridad administrativa incumplir la cautelar, al abrigo de alguna de las dos laxas excepciones previstas por la norma, y sin embargo, cuando ese incumplimiento es cuestionado, no hay previsión que obligue al juez de la causa a revisar si se dan los recaudos mínimos comunes a toda medida cautelar).

Esta situación debería modificarse prontamente mediante una ley. La mejor opción, a nuestro entender, es derogar la ley 10.000 y regular adecuadamente el amparo colectivo en la provincia, insertándolo preferentemente en un cuerpo unificado

con las demás acciones de garantía y procesos constitucionales, esto es, en un Código Procesal Constitucional, como lo tienen, por ejemplo, el Perú, Tucumán y Entre Ríos (en este último caso, en una ley de procesos constitucionales).

Por otra parte, cualquiera sea el destino de la ley 10.000 —esto es, se modifique, se derogue o se mantenga incólume—, debieran establecerse, tanto a nivel provincial, como municipal, procedimientos administrativos eficaces que funcionen como vías previas a la judicial, y que, con la máxima velocidad y expeditividad posibles, permitan la participación activa de todos los interesados en la temática en discusión, cumpliéndose, en definitiva, con los objetivos constitucionales incorporados en la reforma de 1994.

Como lo expresara 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— 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”⁹².

Nunca más apropiados los consejos que el gran Maestro Bidart Campos tomara prestados —con estricta cita— de Ortega y Gasset en oportunidad de sus visitas: “argentinos a las cosas”. Y aquí todavía hay mucho y urgente por hacer.

⁹² Germán J. Bidart Campos, *Casos de derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 13.